NAZIONALE
BIBLIOTECA
Raccolta
NICOTRA
A
337
VITTORIO EM. III
NAPOLI

M 27216

Racc. Nicotra A. 337

Digitized by Google

Dr. J. F. VOIGT
HAMBURG.

BIBL. NAZ.
Vitt. Emanuele III
RACC.
NICOTRA
A
337
NAPOLI

Die Lehre

von

der Wiedereinſetzung

in den vorigen Stand.

Eine

civiliſtiſche Abhandlung

von

G. C. Burchardi
Dr. und ordentl. Prof. des Rechts

BIBLIOTECA NAZIONALE … NAPOLI

Göttingen,
in der Dieterichſchen Buchhandlung.
1831.

Digitized by Google

Digitized by Google

Seinem verehrten Vater,

dem Gründer ſeiner wiſſenſchaftlichen Bildung,

dem Herrn Amtsprobſten

C. A. Burchardi

in Ketting

im Herzogthum Schleswig,

als Zeichen kindlicher Liebe und Dankbarkeit

gewidmet

vom Verfaſſer.

Digitized by Google

Vorrede.

Wer über einen ſchon von Anderen behandelten Gegenſtand ſchreibt, glaubt es wenigſtens in einigen Beziehungen beſſer machen zu können, als ſeine Vorgänger. Dies verhehlen zu wollen, wäre eine eben ſo unnütze als falſche Beſcheidenheit, und der Verfaſſer des vorliegenden Werks will daher auch nicht in Abrede ſtellen, daß er daſſelbe in der Hoffnung ausgearbeitet habe, die Wiſſenſchaft dadurch etwas weiter zu fördern. Ihm drang ſich bei ſeinen Studien die Bemerkung auf, daß die Lehre von der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, der vielen darüber vorhandenen Schriften ungeachtet, im Ganzen doch noch ſehr im Argen liege, und mehr als irgend eine andere civiliſtiſche Disciplin von Streitigkeiten, Zweifeln, unklaren oder völlig verkehrten Anſichten entſtellt und zerriſſen ſey. Je mehr er aber, durch dieſe Wahrnehmung angeregt, in den Quellen ſelbſt forſchte, deſto mehr überzeugte er ſich, daß dieſe nicht die Schuld davon trügen, ſondern daß jene Lehre wirklich noch ziemlich verwahrloſt

ſey, und daß die meiſten Schwierigkeiten in der Litteratur derſelben nur von ungenügender Kenntniß oder Benutzung der uns zu Gebote ſtehenden Materialien herrührten. Zugleich erkannte er aber auch, daß, um hier gründlich aufzuräumen, eine vollſtändige Erörterung der geſammten Reſtitutionstheorie nicht vermieden werden könne. Sich einer ſolchen zu unterziehen, trug er zwar anfangs aus mancherlei Gründen Bedenken; indeſſen ſchien ihm, bei der praktiſchen Wichtigkeit, welche die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand wohl zu allen Zeiten behaupten muß, ein Verſuch, ihrer Anwendung eine feſtere Haltung zu geben, ſowohl die darauf zu verwendende Mühe zu verdienen, als auch eine nicht ungünſtige Aufnahme erwarten zu dürfen. So beſchäftigte er ſich denn mehrere Jahre mit den Unterſuchungen, deren Reſultat er hier vorlegt. In wie ferne ihm nun ſein Unternehmen gelungen ſey, dies zu beurtheilen, geziemt ihm ſelbſt nicht. Billige Richter werden jedoch den angewandten Fleiß und das unabhängige, von keinerlei Partheilichkeit geleitete Urtheil nicht verkennen. Nirgends iſt der Verf. abſichtlich Schwierigkeiten ausgewichen, und niemals hat er Umarbeitungen geſcheut, wo ein tieferes Eindringen in die Sache dieſe nöthig machte, oder auch nur die Möglichkeit eröffnete, der Darſtellung eine größere Kürze und Beſtimmtheit zu geben. Sollte aber auch das gegenwärtige Buch weiter kein Verdienſt haben, ſo würde

es doch als Materialienſammlung immer einigen Werth behalten. Denn obgleich weniger voluminös als einige ältere Werke über denſelben Gegenſtand, iſt es doch in dem, worauf es eigentlich ankommt, in der Entwicklung der Grundſätze vollſtändiger als dieſe. Ueberhaupt iſt keine Frage, auf welche die Quellen, oder die Schriften Anderer, oder eigene Erfahrung den Verfaſſer hinleiteten, übergangen, ſo ferne ſie nur einigermaßen der Löſung bedürftig ſchien. Auch möchte in keinem Paragraphen etwas Erhebliches von dem vermißt werden, was die Quellen über den Inhalt deſſelben bieten.

Ueber das im Einzelnen beobachtete Verfahren hat der Verfaſſer nur noch Folgendes zu bemerken. In den Citaten zu unmittelbar die Reſtitution betreffenden Sätzen ſind durchgehends ſämmtliche Belegſtellen angegeben, wenn deren nicht gar zu viele vorhanden ſind, damit man alle urkundlichen Belege beiſammen habe. Bei dem, was bloß zur Erläuterung aus anderen Fächern des Rechtsſyſtems herbeigezogen iſt, wäre gleiche Vollſtändigkeit unpaſſend geweſen, und noch mehr hat der Verf. bei den Litteraturangaben auf zweckmäßige Beſchränkung bedacht ſeyn müſſen. Wo ſich der wahre Zuſammenhang mit Sicherheit nachweiſen läßt, kann der Wiſſenſchaft nicht mit der Aufbewahrung eines Wuſtes verſchiedener Meinungen und unrichtiger Vorſtellungen, die nur aus Unkunde hervorgegangen ſind, gedient ſeyn. Abweichende Anſichten,

welche Beachtung verdienen, ſind aber natürlich nicht bei Seite geſetzt, ſo wie auch denen, die zuerſt in irgend einer Hinſicht das Rechte erkannt haben, niemals mit Abſicht die ihnen dafür gebührende Ehre vorenthalten iſt.

Für den correcten Druck iſt das Publicum mit dem Verf., Herrn Dr. Alb. Lion Dank ſchuldig, der nicht nur das Buch vor ſtörenden Druckfehlern bewahrt, ſondern auch manchen kleinen Nachläſſigkeiten des Manuſcripts abgeholfen hat.

Beiträge und Berichtigungen, welche dem Verf. wirklich zur Vervollkommnung ſeiner Arbeit dienen können, werden ihm ſtets willkommen ſeyn, und er würde ſie ſelbſt dann berückſichtigen, wenn ſie auch in der rauheren Form mitgetheilt würden, die man ſich nun einmal zuweilen in den öffentlichen Beurtheilungen litterairiſcher Producte gefallen laſſen muß.

Kiel, im Auguſt 1831.

Ueberſicht des Inhalts.

§. 1. I. Einleitung S. 1–22.

Vom Weſen der Reſtitution im Allgemeinen S. 1–6. Verſchiedene Arten derſelben: Restitutiones civiles und praetoriae S. 6. Reſtitutionen, auf welche man ein Recht hat: 1. nach Civilrecht S. 7–11; 2. nach Prätoriſchem Recht S. 12–15. Reſtitutionen, welche ipso iure eintreten S. 15–17. Reſtitutionen, welche als Gnade bewilligt werden S. 17–22.

§. 2. II. Quellen und Litteratur S. 23–37.

1. Quellen S. 23–27. Allgemeine Bemerkungen über die Benutzung der Quellen. Die Reſtitution wegen Minderjährigkeit, ein Normalfall S. 27–29. 2. Litteratur S. 29–37.

§. 3. III. Begriff der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand S. 38–50.

Entwicklung des Begriffs der Prätoriſchen Reſtitution S. 38–41. Römiſche Erklärungen darüber S. 41–44. Beweis, daß die Prätoriſche Reſtitution zu den als Gnade bewilligten Reſtitutionen gehöre: Restitutio ex capite gratiae und ex capite justitiae S. 44–50.

§. 4. IV. Bedingungen der Reſtitution:

1. Ueberſicht S. 51–56.

Angabe der einzelnen Bedingungen S. 51 und 52. Vorläufige Bemerkung über die restitutio ex clausula generali S. 52 und 53. Bemerkungen über den Character der von den Römiſchen Kaiſern ertheilten Reſtitutionen S. 53–56. Restitutio de iure und de facto S. 56.

§. 5. 2. Einzelne Bedingungen:

A. Eine Läſion:

a. Allgemeine Grundſätze S. 56–60.

Rechtliche Natur dieſes Erforderniſſes und Beweis deſſelben S. 56 und 57. Beweislaſt in Betreff der versio in rem bei Verträgen Minderjähriger S. 57–60.

§. 6. b. Beſondere Arten der Verletzung:

α. Lucrum cessans S. 60–69.

Anfängliche Nichtberückſichtigung des lucrum cessans und Aenderung dieſer Theorie durch die Römiſche Praxis zu Gunſten Minderjähriger, nachher Aller S. 60–64. Erklärung der ſcheinbar entgegenſtehenden l. 18–20. D. ex quib. caus. mai. (4, 6) S. 65–69.

§. 7. β. Nachtheile, die nicht das Vermögen betreffen S. 70–82.

Beweis, daß auch ſolche Schäden zu berückſichtigen ſind S. 70–79. Beſeitigung einiger ſcheinbaren Gegengründe S. 79–82.

§. 8. c. Betrag der Läſion S. 82–91.

Verſchiedene Anſichten darüber S. 82–84. Gründe dafür, daß auch kleine Schäden genügen S. 84 f. Ausgenommene Fälle, in welchen eine große Läſion gefordert wird S. 85–87. Wiederlegung einiger Gegengründe S. 87–91.

§. 9. B. Ein zur Reſtitution geeigneter Fall:

a. Allgemeine Grundſätze S. 91–116.

Hauptanwendungen der Reſtitution S. 91–99. Beſchränkungen, die im Weſen der Reſtitution liegen: I. Wenn man ipso jure munitus iſt S. 99–108. II. Wenn der Verletzte ſelbſt den Schaden verſchuldet hat. Verſchiedenheit der restitutio maiorum und minorum in dieſer Beziehung S. 108–110. III. Wenn der Schaden auf einem Caſus beruht S. 110–114. IV. Wenn unſere rechtlichen Verhältniſſe juriſtiſch gar nicht verändert ſind, ſondern nur folgeweiſe unter der Aenderung der Verhältniſſe Anderer leiden S. 114–116.

§. 10. b. Poſitive Beſchränkungen der Reſtitution S. 117–147.

Unzuläſſigkeit der Reſtitution: I. Gegen Aſcendenten und Patrone S. 117–120. Ausnahmen S. 121–124. II. Wenn dieſelbe ſchon ein Mal geſucht und darüber erkannt iſt S. 124–126. III. Wenn der zu beſeitigende Schaden geringer iſt, als der aus der Reſtitution für den Gegner erwachſende Nachtheil, und wenn man einen entgangenen Gewinn mit dem poſitiven Schaden eines Andern wiederhaben will S. 126 und 127. IV. Wenn man auf die Reſtitution verzichtet hat S. 127 und 128. V. Wenn der Verletzte ſelbſt in dolo verſirt S. 128. VI. Gegen Straferkenntniſſe. Erklärung der l. 9. §. 4. D. de minor. (4. 4) S. 128–132. VII. Gegen den Verluſt von Poenalklagen S. 132–133. VIII. In mehreren Fällen der Verjährung, nicht aber bei der praescriptio longissimi temporis S. 133–138. IX. Gegen einen deferirten Eid S. 138 und 139. X. Gegen den Verluſt dilatoriſcher Einreden S. 139. XI. Wenn der Fiscus Sachen ſeines Schuldners verſteigert hat S. 139 und 140. XII. Gegen die Freiheit S. 140 und 141. XIII. Gegen die Ehe, nicht aber auch gegen Verlöbniſſe S. 141–145. Antiquirte Fälle S. 145–147.

§. 11. C. Ein anerkannter Billigkeitsgrund für die Aufhebung der Verletzung, iusta restitutionis causa:

a. Vorbemerkungen S. 147–152.

Beſchränkung der Reſtitution auf beſtimmte Gründe S. 147 und 148. Succeſſive Entſtehung dieſer Gründe S. 148–150. Verhältniß des Reſtitutionsgrundes zur Läſion S. 150 und 151. Beweis deſſelben S. 151.

§. 12. b. Einzelne Reſtitutionsgründe:

α. Ein äußeres Hinderniß an der Wahrnahme oder Geltendmachung eines Rechts (Abweſenheit, restitutio maiorum) S. 152–201.

Geſchichtliche Einleitung S. 152–157. Prätoriſches Edict über dieſen Reſtitutionsgrund S. 157–159. Umfang dieſes Reſtitutionsgrundes S. 159 und 160. Anwendung deſſelben: I. Hinderniſſe, die in der Perſon des Verletzten gelegen S. 160. Hierhergehörige Fälle: 1. nach dem

Edict ſelbſt S. 161-164; 2. vermöge der clausula generalis S. 164-166. Erörterung der Frage, ob dieſes Vorhandenſeyn eines Procurators der Reſtitution im Wege ſtehe S. 166-175. II. Hinderniſſe, die in der Perſon des Gegners Statt gefunden S. 175-177. Hiergehörige Fälle: 1. nach dem Edict ſelbſt S. 177-179; 2. vermöge der clausula generalis S. 179 und 180. Einfluß der verſäumten Proteſtation gegen die Verjährung S. 180-182. III. Andere Hinderniſſe: 1. nach dem Edict ſelbſt S. 183; 2. vermöge der clausula generalis S. 183-185. Reſtitution wegen Irrthums gegen Urtheile und gegen die Klagenverjährung S. 185-191. Entwicklung des Weſens der clausula generalis S. 191-201.

§. 13. β. Minderjährigkeit (restitutio minorum):

A. Geſchichtliche Einleitung S. 201-217.

Beſtimmungen der Lex Plaetoria S. 201-204. Exceptio legis Plaetoriae S. 204-209. Einführung der restitutio minorum durch das Prätoriſche Edict S. 209 und 210. Zeit der Einführung nicht unter der Republik S. 210-215, ſondern vermuthlich erſt nach Kaiſer Claudius S. 215-217.

§. 14. B. Allgemeine Grundſätze über die Reſtitution Minderjähriger S. 218-245.

Perſonen, welchen ſie zukommt S. 218-220. Zeit, in welcher die Läſion eingetreten ſeyn muß. Venia aetatis S. 220-224. Verhältniß der Läſion zur Jugend des Verletzten. Cessat restitutio ubi minor jure utitur communi S. 225-232. Die Läſion muß wirklich den Minderjährigen ſelbſt treffen S. 233 und 234. Anwendung dieſes Grundſatzes a) auf minderjährige Sclaven S. 234-236; b) auf minderjährige filiifamilias S. 236-245.

§. 15. C. Poſitive Beſchränkungen S. 245-253.

Unzuläſſigkeit der Reſtitution: I. Wenn der Minderjährige ſich für majorenn ausgegeben S. 245 und 246; II. wenn das Geſchäft beſchworen worden S. 246-248;

III. wenn der Minderjährige gegen eine Handlung ſeines Vaters für ihn ſchon reſtituirt worden iſt S. 248; IV. oder auf väterlichen Befehl Geld geliehen hat S. 248; V. in mehreren Fällen der Zahlung an den Vormund S. 248 und 249; VI. wenn ſein Vormund die Proceßverjährung hat eintreten laſſen S. 249; VII. oder eine plus petitio begangen hat S. 249; VIII. wenn ein Creditor das ihm vom Vater des Minderjährigen beſtellte Pfand verkauft hat S. 249 und 250; IX. und wenn die Reſtitutionsbefugniß Minderjähriger collidirt S. 250 und 251; nicht aber beim Verzicht auf die querela inofficiosi S. 252-253.

§. 16. D. Analoge Anwendung S. 253-263.

Schwankende Theorie in Betreff der Weiber und rustici in früherer Zeit S. 253-257. Ausdehnung der restitutio minorum auf Communen S. 257 und 258 und auf Kirchen und pia corpora S. 258, nicht aber auf andere juriſtiſche Perſonen oder auf alle Perſonen unter Vormundſchaft S. 259-261; auch nicht auf den Staat S. 261-263.

§. 17. γ. Reſtitution wegen capitis diminutio S. 264-283.

Vom Römiſchen Grundſatz, daß capitis diminutio die Klagbarkeit der Obligationen des capite diminutus aufhebe S. 264-266. Ausnahmen von dieſem Grundſatz S. 266-268. Anwendung jenes Grundſatzes I. auf die cap. dim. max. und media S. 268-270; II. auf die cap. dim. min. S. 270-272. Zweck und Bedeutung der restitutio propter cap. dim. S. 272-278. Aufhebung derſelben theils durch das Prätoriſche Edict ſelbſt S. 278-282, theils durch Juſtinian S. 282 und 383.

§. 18. δ. Reſtitution wegen Zwangs u. Betrugs: A. Geſchichtl. Einleitung S. 283-359.

Bedeutung der Römiſchen Regel, daß es in den judiciis bonae fidei zum officium iudicis gehöre, den dolus zu berückſichtigen S. 284-286. Folgen davon I. für den Kläger S. 286-289; II. für den Beklagten. Exceptio doli inest iudiciis bonae fidei S. 289-293. Vereinbarkeit der Erzählung vom C. Canius mit den vorhergehenden Grundſätzen S. 293-295. Clausula doli S. 295. Beſondere Rechtsmittel gegen dolus im ältern Röm. Recht S. 295 u. 296. Prätoriſche Edicte über den dolus: I. das Caſſianiſche Edict über die exceptio

doli S. 296-303. II. Das Octavianiſche Edict über die actio quod metus causa S. 303-306. Exceptio metus S. 306 u. 307. III. Das Aquilliſche Edict über die actio de dolo S. 307-313. Ueberſicht der Rechtsmittel eines Betrogenen S. 313 u. 314. Rechtliche Natur der actio quod metus causa und der doppelten actio de dolo S. 314-317. Gegenſtand und Zweck der wegen dolus angeſtellten Klagen aus contractus bonae fidei S. 317-323. Unhaltbarkeit der Behauptung, daß ein dolus causam dans die negotia bonae fidei nichtig mache S. 323-348. Einzelne Geſchäfte, welche wirklich des dolus wegen nichtig ſind S. 348-351. Angebliche Nichtigkeit aller erzwungenen Geſchäfte S. 351-359.

§. 19. B. In integrum restitutio propter metum S. 359-376.

Urſprung derſelben S. 359 u. 360. Nutzen derſelben S. 360-365. Beweis ihrer Zuläſſigkeit S. 365-374. Bedingungen derſelben S. 374-376.

§. 20. C. In integrum restitutio propter dolum S. 376-382.

Urſprung und Nutzen derſelben S. 376 u. 377. Beweis ihrer Zuläſſigkeit S. 377-382.

§. 21. ε. Reſtitution wegen Irrthums S. 383-392.

Beſchränkte Anwendung derſelben nach dem Prätoriſchen Edict S. 383-385. Erweiterung der Anwendung durch die Römiſche Praxis S. 385-392.

§. 22. V. Von den Partheien und deren Stellvertretern S. 392-420.

I. Stellvertreter, 1. des Imploranten S. 392-396; 2. des Imploraten S. 396-398. II. Wer kann Reſtitution ſuchen? 1. Der Verletzte ſelbſt S. 398-400; 2. deſſen Erbe S. 400-404; 3. oder ſonſtige Univerſalſucceſſor S. 404-406; 4. der Ceſſionar S. 406 u. 407. Ob die Reſtitution ein beneficium reale oder personale iſt? S. 407-416. III. Gegen wen kann Reſtitution geſucht werden? Regel: restitutio in personam S. 416-418. Ausnahme: restitutio in rem S. 419 u. 420.

§. 23. VI. Vom Verfahren bei der Reſtitution: 1. Allgemeine Grundſätze S. 421-428.

Nothwendigkeit der Erbittung der Reſtitution S. 421-423 und des dem Gegner geſtatteten Gehörs S. 423, ſo

wie des Beweiſes der Reſtitutionsbedingungen S. 424-426. Rechtsmittel gegen die Entſcheidung S. 426. Litigioſität des Gegenſtandes der Reſtitution S. 426-428.

§. 24. 2. Insbeſondere vom iudicium rescindens und rescissorium S. 428-475.

Bedeutung dieſer Begriffe S. 428-430. Rechtliche Natur des Reſtitutionsgeſuchs S. 431. Der Reſtitutionsproceß gehörte zur extraordinaria cognitio und ſchloß daher iudices privati aus S. 432, aber nicht auch iudices pedanei S. 433-438. Doppelte Reſtitutionsform cognitione praetoria und rescisso negotio dare iudicium S. 439-442. Beweis dafür S. 442-454, ſo wie auch daß bei der letzteren Form wirklich ein iudicium rescindens dem iudicium rescissorium vorherging S. 454-461. Ueber die Cumulation des iudic. rescissorium mit dem Reſtitutionsgeſuch S. 461-464. Wahlrecht des Prätors zwiſchen den beiden Reſtitutionsformen S. 464-470. Ueberſicht des Vorhergehenden S. 470-475.

§. 25. 3. Verſchiedene Anſichten S. 475-490.

Angabe derſelben S. 475-477. Prüfung der ein beſonderes iudic. rescindens verwerfenden Theorie S. 477-482. Fehler der bisherigen Unterſcheidungen von iudic. rescindens und rescissorium S. 483-490.

§. 26. 4. Heutiges Verfahren S. 490-498.

Characteriſtik deſſelben S. 490-493. Die Cumulation des iudic. rescissorium mit dem Reſtitutionsgeſuch iſt auch jetzt nicht nothwendig S. 493-495, und daher verjährt auch die Reſtitution wider den Verluſt von Einreden S. 496-498.

§. 27. VII. Von d. Verjähr. d. Reſtitution S. 499-537.

Annus utilis restitutionis nach älterem Recht S. 499. Conſtantins Aenderungen S. 500 u. 501. Quadriennium restitutionis von Juſtinian eingeführt S. 502 und 503. Das quadriennium betrifft auch die Beendigung des Reſtitutionsproceſſes S. 503-507; dagegen nicht den Gebrauch des iudicii rescissorii S. 507-509; wohl aber ſämmtliche Reſtitutionsfälle, und nicht bloß die Reſtitution wegen Minderjährigkeit und Abweſenheit S. 509-514. Anfangspunct der Verjährung: I. für den Verletzten ſelbſt S. 515-517. (Unbekanntſchaft mit der Läſion hindert den Lauf der Verjährung nicht S. 517-524). II-IV. für Succeſſoren des Verletzten S. 524-526. Ausnahmen von den allgemeinen Regeln über die

Verjährung S. 526-528. Ueberſicht des Vorhergehenden S. 528 u. 529. Erklärung der l. 38. §. 4. D. de solut. (46, 3) S. 529-537.

§. 28. VIII. Competenz der reſtituirenden Behörden S. 537-552.

Römiſche Magiſtrate, welche die Reſtitutionsbefugniß hatten S. 537-544. Aenderungen durch das Canoniſche Recht und die Deutſche Praxis S. 544-546. Reſtitutionsbefugniß der kaiſerl. Pfalzgrafen S. 547, ſo wie derjenigen, die eine iurisdictio mandata verwalten S. 547 u. 548. Regeln über die Competenz in den einzelnen Fällen S. 548-550. Unzuläſſigkeit der Reſtitutionsertheilung von Seiten niederer gegen die Verfügungen und Entſcheidungen höherer Behörden S. 550-552.

§. 29. IX. Wirkungen der Reſtitution:
1. Für die Partheien ſelbſt S. 552-565.

Wiederherſtellung des früheren Rechtszuſtandes auf beiden Seiten S. 552-555. Beſondere Ausnahmen davon S. 556 und 557. Verbindlichkeit zur gegenſeitigen Herausgabe des Erworbenen S. 557-560. Anwendung der vorhergehenden Grundſätze auf die restitutio in rem S. 560-563 und auf das rescisso negotio dare iudicium S. 563-565.

§. 30. 2. Für Dritte S. 566-587.

Anwendungen der Regel, daß die Reſtitution Dritten weder ſchadet noch nützt S. 566-569. Ausnahmen von dieſer Regel I. in Betreff der acceſſoriſch Verpflichteten S. 569-583. II-VII. Andere Fälle S. 583-587.

§. 31. X. Nichtigkeit der bewilligten Reſtitution S. 587-591.

Entwicklung des hierbei feſtzuhaltenden Geſichtspunctes S. 587-589. Folgen davon nach Römiſchem und Canoniſchem Recht S. 589 und nach dem Jüngſten Reichsabſchiede S. 589-591.

§. 32. XI. Von den Koſten des Reſtitutionsproceſſes S. 592-600.

Widerlegung der Wernherſchen Anſicht S. 592-595. Regeln über die Koſten: I. Wenn der Gegner des Verletzten Schuld an der Läſion iſt S. 595. II. Wenn er nicht daran Schuld iſt S. 595-600.

Verzeichniß erklärter Stellen.

	Seite.
Plautus Rud. V, 3. vers. 24-26.	300 f.
Cicero de Offic. III. c. 14.	293 f., 309 f.
— de Nat. Deor. III. c. 30.	308.
— in Verr. II, 3. c. 65.	304.
— ad Quint. fratr. I, 1. §. 8.	305.
Seneca Contr. IV, 26. .	353 f.
Symmachi Epist. II, 87. .	321 f.
Isidori Orig. V. c. 25. .	42.

Pauli S. R. I, 7. §. 1. .	450.
— — — §. 3. .	99. Note 45, 124 f.
— — — §. 1-4. .	43 f., 371 f., 525.
— — — §. 6. .	573 f.
Fragm. Vat. §. 282. .	9. Note 14.
l. 3. C. Th. de integr. rest. (2, 16.)	245 f.
l. 9. pr. C. Th. de bon. damn. (9, 42.)	121 f.
Consultat. vet. Icti I, 1 u. 2.	352.
— — — IX, 3.	353.
— — — IX, 12.	254 f.

l. 45. D. de adopt. (1, 7.) .	272. Note 25.
l. 46. §. 3. D. de procur. (3, 3.)	460 f.
l. 51. pr. D. eod. . .	571. Note 21.
l. 4. D. de in integr. rest. (4, 1.)	83 f.
l. 7. §. 1. D. eod. . .	377.
l. 8. D. eod. . .	168 f., 445 f.

Digitized by Google

	Seite.
l. 9. §. 3-6. D. quod met. causa (4, 2.)	368 f.
l. 21. §. 5. D. eod. . .	366 f.
l. 21. §. 6. D. eod. . .	368.
l. 7. pr. D. de dolo (4, 3.) .	343 f.
l. 3. §. 6. D. de minor. (4, 4.)	72, 121 f.
l. 6. D. eod. . . .	71.
l. 7. §. 12. l. 8. D. eod. . . .	167. Note 53.
l. 9. pr. §. 1. D. eod. . .	86 f.
l. 9. §. 4. D. eod. . .	129 f.
l. 11. §. 2. D. eod. . .	78, 115.
l. 11. §. 4 u. 5. D. eod. . .	110 f.
l. 13. pr. D. eod. . .	573 f.
l. 13. §. 1. D. eod. . .	442 f.
l. 16. §. 2. D. eod. . .	102 f. 335 f.
l. 24. §. 1. D. eod. . .	89 f.
l. 24. §. 5. D. eod. . .	431 f.
l. 25. pr. D. eod. . .	373 f.
l. 27. §. 4. D. eod. . .	117. Note 1.
l. 29. pr. D. eod. . .	400. Note 29.
l. 34. §. 1. D. eod. . .	73 f.
l. 35. D. eod. . . .	75 f.
l. 38. pr. D. eod. . .	94. Note 11.
l. 39. pr. D. eod. . .	450 f.
l. 49. D. eod. . . .	86 f.
l. 2. §. 1. D. de cap. min. (4, 5.)	273 f.
l. 1. §. 1. D. ex quib. caus. mai. (4, 6.)	157 f., 197 f.
l. 2. pr. D. eod. . . .	467 f.
l. 3. D. eod. . . .	433. Note 11.
l. 13. §. 1. D. eod. . .	81 f.
l. 15. pr. D. eod. . .	168 f.
l. 18-20. D. eod. . .	65 f.
l. 26. §. 7 u. 8. D. eod. . .	457 f.
l. 26. §. 9. D. eod. . .	168 f., 196 f.
l. 27. D. eod. . . .	62.
l. 28. §. 2. D. eod. . .	198.
l. 39. D. eod. . . .	168 f.
l. 40. pr. D. eod. . .	132.
l. 41. D. de receptis (4, 8.) .	74 f.
l. 1. §. 2. D. de rei vind. (6, 1.)	453.
l. 18. D. de interr. in iure (11, 1.)	380 f.

	Seite
l. 1. pr. D. de aleator. (11, 5.)	46. Note 10.
l. 9. §. 4. D. iureiur. (12, 2.)	448 f., 496 f.
l. 31. D. eod.	138 f.
l. 2. pr. D. quod cum eo qui in al. pot. (14, 5.)	279 f.
l. 57. D. mandati (17, 1.)	154. Note 4.
l. 3. §. 3. D. pro socio (17, 2.)	335 f.
l. 17. §. 2. D. eod.	336.
l. 4. D. de contr. empt. (18, 1.)	328.
l. 57. l. 58. D. eod.	339 f.
l. 62. §. 1. D. eod.	327 f.
l. 13. §. 27–29. D. de act. empti vend. (19, 1.)	208 f.
l. 45. D. de aedil. ed. (21, 1.)	15. Note 44.
l. 39. pr. D. de evict. (21, 2.)	444 f.
l. 17. §. 3. D. de usuris (22, 1.)	63 f.
l. 1. §. 6. D. quod falso tut. auct. (26, 7.)	383.
l. 20. §. 7. D. qui test. fac. poss. (28, 1.)	80. Note 17.
l. 6. §. 7. D. de adq. her. (29, 2.)	366 f.
l. 58. D. eod.	366 f.
l. 6. §. 1. D. bon. poss. (37, 1.)	121 f.
l. 33. D. de re iud. (42, 1.)	379 f.
l. 15. §. 5. D. quod vi aut clam (43, 24.)	189 f.
l. 7. §. 1. D. de except. (44, 1.)	205 f., 210 f.
l. 4. §. 1. D. de doli mali et met. exc. (44, 4.)	296 f.
l. 4. §. 33. D. eod.	296 f.
l. 35. pr. D. de obl. et act. (44, 4.)	154. Note 4
l. 38. §. 4. D. de solut. (46, 3.)	532 f.
l. 95. §. 3. D. eod.	574 f.
l. 98. §. 2. D. eod.	420.
l. 5. pr. D. ad leg. Iul. de vi publ. (48, 6.)	351.
l. 1. §. 2. D. de leg. Iul. amb. (48, 14.)	128. Note 33.
l. 3. §. 9. D. de iure fisci (49, 14.)	263.
l. 26. D. ad municipalem (50, 1.)	47 f.
l. 116. pr. D. de R. I. (50, 17.)	354 f.

---

l. 13. C. de iur. et facti ign. (1, 18.)	257.
l. 22. C. de transact. (2, 4.)	151., 323.

	Seite
l. 3. C. de his quae vi (2, 20.)	369 f.
l. 9. C. eod.	151.
l. 1. C. de integr. rest. min. (2, 22.)	252 f.
l. 1. C. de fideiuss. min. (2, 24.)	575 f.
l. 2. C. si adv. rem iud. (2, 27.)	76., 121 f.
l. 1. C. si adv. sol. (2, 33.)	248. Note 13.
l. 1. C. si adv. cred. (2, 38.)	58 f.
l. 5. C. in quib. caus. rest. nec. non est (2, 41.)	136 f.
l. 2. C. qui et adv. quos (2, 42.)	118 f.
l. 3. C. ubi et apud quem (2, 47.)	433 f., 540 f.
l. 7. C. de temp. in integr. rest. (2, 53.)	502 f.
l. 5. C. ex quib. caus. mai. (2, 54.)	463.
l. 2. C. de formulis (2, 58.)	474 f.
l. 1. C. de resc. vend. (4, 44.)	372.
l. 10. C. eod.	381 f.
l. 3. l. 4. C. de praescr. 30 vel 40 ann. (7, 39.)	135 f.
l. 8. C. quando app. non sit nec. (7, 64.)	77 f.
l. 18. C. de postlim. (8, 51.)	463 f.

Nov. 155. prooem. c. 1.	122 f.

Digitized by Google

Zuſätze und Verbeſſerungen.

S. 3. Note 3. Col. 1. Zeile 2. v. u. iſt "restituere und" wegzuſtreichen.
S. 11. Note 23. Statt 94. lies 97.
S. 13. Note 32. iſt hinzuzufügen: In der letzteren Stelle wird das Abſtiniren des suus heres geradezu in integrum restitutio genannt.
S. 14. letzte Zeile. Statt actione lies actiones.
S. 17. Note 50. Hinzuzuſetzen ſind: l. 1. §. 9. D. de bon. poss. contr. tab. (37, 4.), l. 27. pr. D. de poenis (48, 19.)
S. 37. Zuſatz: Dem Titel zufolge gehört hierher, auch noch Franciscus de Platea de Restitutione, ein wahres Curioſum, auch wegen des ſchönen alten Drucks. Das ſeltene Buch handelt jedoch gar nicht von unſerer Reſtitution, ſondern ſcheint beſtimmt den Beichtvätern an die Hand zu geben, was ſie ihren Beichtkindern aufzuerlegen haben, um deren Sünden und Vergehen wieder gut zu machen; indem der Verfaſſer mit großer Vollſtändigkeit faſt alle erdenkbaren ſchlechten Handlungen durchgeht, und die in der Natur der Sache oder den Geſetzen liegenden Mittel und Wege zur Sühnung und Ausgleichung des Unrechts nachweist.
S. 66. Note 12. Hinzuzufügen iſt: l. 25. D. admin. tut. (26, 7.)
S. 79. Note 16. Hinzuzufügen iſt: Nr. VII.
S. 93. Note 3. Hinzuzufügen iſt: Nr. VIII.
— — 4. Hinzuzufügen iſt: l. 63. §. 14. D. ad SCt. Treb. (36, 1.)
— — 8. Hinzuzufügen iſt: l. 5. §. 4. C. de temp. app. (7, 63.)
— — 10. Hinzuzufügen iſt: l. 23. §. 4. D. de hered. inst. (28, 5.)
S. 95. Note 17. Hinzuzufügen iſt: l. 57. D. fam. herc. (10, 2.)
S. 97. Note 35. Hinzuzufügen iſt: l. 26. D. de lib. leg. (34, 3.) und ſtatt l. 6. §. 3. D. de bon. lib. lies l. 8. §. 5. D. de bon. lib. (38, 2.)
S. 103. Note 57. Statt Cave lies Cavere.

S. 110. Note 72. Hinzuzufügen iſt: l. 5. §. 9. D. de his quae ut indign. (34, 9.)
S. 123. Note 15. Statt Nov. 115. lies Nov. 155.
S. 124. Note 18. Statt 7 lies 8.
S. 127. Note 28. Hinzuzufügen iſt: l. 25. D. de adm. tut. (26, 7.)
S. 130. Note 38. Statt 31 lies 32.
S. 161. Note 18. Hinzuzufügen iſt: l. 30. pr. D. de adq. her. (29, 2.)
S. 167. Note 53. Col. 2. Z. 4. Statt 64 lies 46.
S. 174. Note 68. Statt 41 lies 38.
S. 184. Note 99. Hinzuzufügen iſt: l. 30. pr. D. de adq. her. (29, 2.)
— Note 101. Hinzuzufügen iſt: l. 3. §. 1. D. de eo per quem factum est (2, 10.)
S. 198. Zu den Worten: "der durch einen Morbus sonticus von der Geltendmachnng eines Rechts abgehalten worden iſt", iſt als Note hinzuzufügen:
*) Daß auch Krankheit ein die restitutio maiorum begründendes Hinderniß ſeyn könne, dafür haben wir ſogar eine Belegſtelle in l. 23. §. 4. D. de hered. inst. (28, 5.)
S. 209. Note 20. Hinzuzufügen iſt: §. 27.
S. 213. Z. 1. Statt das lies dem.
— Z. 4. Statt iſt lies ſey.
— Note 27. Statt 63–66 lies 65–68.
S. 219. Note 6. Hinzuzufügen iſt: l. 6. C. de adm. tut. (5, 37.)
— Note 9. Hinzuzufügen ſind: l. 25. D. de adm. tut. (26, 7.), l. 52. §. 1. D. de fideiussor. (46, 1.)
S. 250. Zwiſchen Nr. VIII und IX. iſt noch einzuſchalten:
VIIIa. Wenn ein bereits achtzehnjähriger Minderjähriger Rechtsgeſchäfte abgeſchloſſen, namentlich Geld geliehen hat, um denjenigen, zu deſſen Succeſſion er durch Teſtament oder als Inteſtaterbe berufen iſt, aus feindlicher Gefangenſchaft loszukaufen *).
*) Nov. 115. c. 3. §. 13. v. Buchholz Verſuche. Berlin 1831. 8. Nr. 20.
VIIIb. Wenn nahe Verwandte ſich über Rechte, die einer beim Tode des andern erhalten ſoll, vertragsmäßig abgefunden haben, indem eine ſolche Abfindung, die das Intereſſe des einen beim Tode des andern aufhebt, in einem ſo engen Verhältniß, als beſonders wünſchenswerth angeſehen wird *).
*) l. 11. C. de transact. (2, 4.)
S. 268. Note 13. Z. 4. Statt 42 lies 21; und Z. 5. Statt 17 lies 16.
S. 283. Note 1. Col. 2. Z. 1. Statt Klein lies Klien.
S. 290. letzte Zeile: Statt chlechthin lies ſchlechthin.
S. 294. Z. 6. Statt transcriptum lies transcriptitium.

S. 314. Nach Nr. IV. hinter dem Worte: "erlangen." wäre einzuſchalten:

IVa. Wenn der Betrogene, unbekannt mit dem Betruge, oder der Befugniß, darauf die exceptio doli zu gründen, ſein Verſprechen erfüllt hatte, ſo konnte er auch die condictio indebiti anſtellen, in Gemäßheit der Regel, daß dieſe Klage Statt finde, ſo oft Jemand eine Schuld erfüllt habe, ohne die dawider zuſtehende peremtoriſche Einrede zu kennen *),

*) l. 24. l. 26. §. 3 u. 7. l. 40. l. 56. D. de cond. ind. (12, 6.) vergl. mit l. 1. §. 1. D. eod.

S. 320. Note 100. Z. 2. Statt wird lies würde.

S. 341. Daß der Käufer wirklich die area des abgebrannten Hauſes fordern kann, iſt ausgeſprochen in l. 21. in fine D. de hered. vel act. vend. (18, 4.)

S. 342. Zu den Worten: "weil der Käufer nicht wirklich getäuſcht iſt", kann als Note hinzugefügt werden: l. 11. pr. C. de rescind. vend. (4, 44.)

S. 355. Z. 4 v. u. iſt vor "als" ein und ausgefallen.

S. 365. Z. 1. iſt vor "vermöge" ein man ausgefallen.

— Z. 2. Statt Der Debitor lies Den Debitor.

S. 368. Note 14. Hinzuzuſetzen iſt: §. 24. Note 2.

S. 390. Hier iſt noch einzuſchalten:

VII. Wer durch den Gebrauch eines unbegründeten Rechtsmittels ein wirklich begründetes verloren hat, dem kann im Fall entſchuldbaren Irrthums letzteres durch Reſtitution wiedergegeben werden *).

*) l. 13. pr. D. de inst. act. (14, 3.) l. 8. pr. D. de bon. lib. (38, 2.) l. 11. pr. D. de exc. rei iud. (44, 2.)

S. 420. Hinzuzufügen iſt am Ende:

Ob die restitutio in rem auch gegen den qui dolo possidere desiit, oder liti se obtulit erbeten werden könne, eine Frage, auf die mich vor Kurzem ein wirklich vorgekommener Fall geführt hat, finde ich zwar nirgends beantwortet. Ich glaube aber dies unbedingt bejahen zu dürfen, weil bei den actiones in rem der fictus possessor allgemein als wirklicher Beſitzer behandelt wird. Nun iſt freilich die restitutio in rem keine eigentliche actio in rem, allein es werden doch, ſo weit möglich, die Grundſätze über dieſe analog auf jene angewandt, wie unter andern auch daraus erhellt, daß die gerade gegen die actiones in rem eingeführte exceptio s. praescriptio longi temporis auch gegen die restitutio in rem zugelaſſen wird *).

*) l. 3. C. de his quae vi (2, 20.), l. 4. C. si quis ignorans rem min. (5, 73.)

S. 450. Z. 15 v. o. Statt dabei lies da bei.
S. 459. Note 67. Hinzuzufügen iſt:
Auch Juſtinian's Verordnung in l. 5. C. de tempor. appell. (7, 63.) gehört hierher. Wer appellirt hat, ſoll nach dieſer Stelle innerhalb eines Jahres ſeinen Appellationslibell einreichen. Iſt er jedoch daran durch das Gericht ſelbſt, oder durch Abweſenheit, oder andere zu rechtfertigende Umſtände gehindert worden, ſo ſoll ihm noch ein Jahr bewilligt werden, nämlich zum Zweck der Einreichung des Appellationslibells, wobei alſo unverkennbar wieder die Reſtitution als vorhergehend gedacht wird, indem dadurch gerade eine neue Friſt zum Gebrauch des iudicii rescissorii gewährt werden ſoll.
S. 463. Z. 5 v. o. Statt wieder lies wie der.
S. 499 u. 500. Hier hat eine Verſetzung der Noten Statt gefunden, indem die Stellen in Note 4 erſt in Note 5 ſtehen ſollten, dagegen die Stellen in Note 5 wieder in Note 4.
S. 505. Note 19. Statt l. 5. pr. C. de temp. in integr. rest. (2, 53) lies l. 39. pr. D. de minor. (4, 4)
— Note 20. Statt l. 6. C. eod. lies l. 5. pr. C. de tempor. in integr. rest. (2, 53.)
— Z. 4 v. u. Hinzuzufügen iſt als Note:
20 a) l. 6. C. eod.
S. 506. Z. 1. Statt wo lies wobei.
S. 526. Note 62. Hinzuzufügen iſt: l. 4. C. si quis ignorans rem min. (5, 73.)
S. 528. Z. 15 v. o. Wegzulaſſen ſind die Worte "aber auch."
Zu §. 28. Obgleich es an einem Zeugniß dafür fehlt, daß auch die Conſuln in den vorigen Stand einſetzen konnten, ſpricht doch außer inneren Gründen, der äußere für dieſe Befugniß der Conſuln, daß in l. 30. pr. D. de adquir. her. (29, 2.) ein Reſcript in Reſtitutionsſachen an die Conſuln vorkommt.
S. 555. Z. 5 v. u. Statt das lies des.
S. 571. Z. 7 v. o. Statt causam lies casum.
S. 583. Z. 5 v. u. Statt Dritter lies Dritten.
S. 588. Z. 14 v. o. Statt demnach lies dennoch.
S. 589. Note 3. Hinzuzuſetzen iſt: §. 30.
S. 595. Z. 4 v. o. Statt und lies uns.

§. 1.

I. Einleitung.

Jede poſitive Regel trägt unvermeidlich den Fehler in ſich, daß ſie in der einzelnen Anwendung zuweilen drückend wird, auch ihrem Zwecke nicht entſpricht, und dies um ſo mehr, je einfacher ſie iſt, weil ſie dann auch nur um ſo gewaltſamer den Knoten zerhaut, den ſie löſen ſollte. Zu einer wahrhaft innerlich gleichen Behandlung menſchlicher Verhältniſſe, wie ſie die Idee der vollkommenen Gerechtigkeit fordert, würde gehören, daß alle Beſonderheiten der verſchiedenen Gegenſtände rechtlicher Beurtheilung ſtets vollſtändig und gleichmäßig gewürdigt würden, ſo daß das Verfahren, welches wir in dem einen Fall beobachteten, ſich zu deſſen ſämmtlichen Eigenthümlichkeiten genau ſo verhielte, wie die Behandlung eines anderen Falls zu deſſen individueller Geſtaltung. Dies iſt es, was die Römer ſo treffend als aequitas, aequabilitas, aequum ius, aequum bezeichneten, wofür wir nur den ſchwankenden Begriff der Billigkeit haben. Allein mag eine poſitive Regel auch noch ſo wohlberechnet, noch ſo ſcho-

nend ſeyn, niemals kann ſie dieſer Idee der aequitas, des innerlich gleichen Rechts, völlig entſprechen; immer behält ſie ihrer Natur zufolge etwas Durchgreifendes, bleibt ein strictum ius. Denn nur maſſenweiſe kann ſie die Perſonen, Sachen, Fälle und Verhältniſſe auffaſſen, nach einigen übereinſtimmenden Characteren, während ſie andere Modificationen des Einzelnen unberückſichtigt laſſen muß [1]), und daher ſtatt jener inneren, nur eine äußere und ſcheinbare Gleichheit der Behandlung der unter dieſelbe fallenden Gegenſtände zu begründen vermag. Der Arme, welcher dieſelbe Geldſtrafe bezahlen muß wie der Reiche, wird dadurch offenbar viel härter getroffen als dieſer, und es kommt ein ganz verſchiedener Erfolg heraus, wenn das Thun und Laſſen der raſchen Jugend und des bedächtigen, erfahrenen Alters überall mit einem Maßſtabe gemeſſen wird. Dieſer Uebelſtand ſteigt nothwendig noch deſto mehr, je weiter die poſitiven Regeln in ihren Folgeſätzen durchgeführt werden, und je ſtrenger man dabei an ihren Grundprincipien feſthält: „Summum ius, summa iniuria" [2]).

Obgleich wir aber des poſitiven Rechts nicht entbehren können, ſo erſcheint es doch, eben jener mit dem Weſen deſſelben unzertrennlich verknüpften Unvoll-

1) l. 8. l. 10. D. de legib. (1, 3). l. 1. §. 1. D. si is qui test. liber esse iussus est (47, 4).

2) Cic. de Offic. I. c. 10.

kommenheit wegen, als wünſchenswerth, daß Abhülfe gewährt werden könne, wo der Gegenſatz zwiſchen Recht und Billigkeit in der Anwendung des erſteren gar zu ſchroff hervortritt; daß die Regel beſeitigt werde, wenn der einzelne äußerlich darunter begriffene Fall, ſeinen inneren Characteren nach, nicht darunter paßt. Auf eine ſolche Ausgleichung des ſtrengen Rechts mit der Billigkeit, des strictum ius mit der aequitas, iſt nun die *Wiedereinſetzung in den vorigen Stand*, die in integrum restitutio, oder integri restitutio 3), in ihrer techniſchen Bedeutung berechnet, woraus die hohe Wichtigkeit dieſer Reſtitution von ſelbſt einleuchtet. Sie iſt geeignet und beſtimmt, eines der heiligſten Intereſſen der Menſchheit, die *wahre* Gerechtigkeit zu befördern und zu verwirklichen; aber ſie iſt leider auch, gerade weil ſie die ſtrenge Regel verläßt, nicht weniger fähig, der Willkühr zu dienen, und zur

3) Die letztere Form iſt die ſeltnere; ſie findet ſich in l. 34. §. 1. D. de minor. (4, 4), jedoch nicht nach der Florentiniſchen Handſchrift, ferner in Rubr. C. Th. II, 16, bei Paul. S. R. I, 7 in Rubr. in Fragm. Vat. §. 282, in der Interpretatio ad leg. un. Cod. Gregor. Si advera. donat. (II, 2) und bei Isidor. Orig. V. c. 25. Uebrigens gehört in integrum restituere und restitutio zu den Kunſtausdrücken, welche, wie *Hugo* bemerkt hat, in den Quellen niemals umgekehrt werden. Erſt im Canoniſchen Recht, und auch erſt in den ſpätern Decretalen, kommt die Umkehrung vor. Indeſſen gilt dies nur vom Subſtantiv; denn das Verbum restituere in integrum kommt mehrmals vor, z. B. in l. 48. §. 1. D. de fideiussor. (46, 1). l. 1. §. 2. D. de collat. (37, 6). l. 3. §. 2, 7, 8. D. de minor. (4, 4). l. 6. D. de in integrum rest. (4, 1).

Untergrabung alles feſten Rechts gemißbraucht zu werden. Es gilt hier, was Celſus ſo treffend ausdrückt: „Est haec quaestio de bono et aequo, in quo genere plerumque sub auctoritate iuris perniciose erratur" [4]). Doch läßt ſich dem Mißbrauch durch Aufſtellung zweckmäßiger Schranken und Bedingungen der Reſtitution, allerdings ſehr entgegenwirken.

Indem nun hier eine Darſtellung der Lehre von der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand nach den Grundſätzen des gemeinen Rechts verſucht werden ſoll, kommt es zunächſt darauf an, den Gegenſtand unſerer Aufgabe gegen andere verwandte Lehren hin, gehörig abzugrenzen, was wegen der Menge und Verſchiedenartigkeit des Verwandten manche Schwierigkeiten hat. Hält man ſich bloß an den einfachen Wortſinn, ſo kann man jede Wiederherſtellung eines frühern Zuſtandes eine in integrum restitutio nennen und wirklich kommt der Ausdruck zuweilen in einer ſo weiten Anwendung vor [5]). Sobald wir aber die Reſtitution als ein Mittel der Ausgleichung zwiſchen Recht und Billigkeit auffaſſen, erhalten wir gleich einen viel beſchränkteren Begriff. Wir können uns alsdann nur darunter denken, wenn Rechte und Verbind-

4) l. 91. §. 3. D. de V. O. (45, 1).

5) l. 57. D. de pactis (2, 14). l. 2. §. 43. D. ne quid in loco publ. (43, 8). l. 10. §. 1. D. quib. mod. ususfr. (7, 4). l. 25. §. 2. D. loc. cond. (19, 2). Livius XXXI. c. 32.

lichkeiten überhaupt rechtliche Verhältniſſe, Pflichten oder Nachtheile, die auf eine, an ſich rechtsbeſtändige Weiſe begründet worden ſind, bloß darum wieder aufgehoben werden, oder von ſelbſt aufhören müſſen, weil ſie, obgleich dem ſtrengen Rechte gemäß, doch im concreten Fall den Forderungen der Billigkeit widerſprechen. Durch dieſe Begriffsbeſtimmung wird zuvörderſt jede Herſtellung früherer Verhältniſſe und Zuſtände aus dem Kreiſe unſerer Unterſuchung ausgeſchloſſen, welche gar nicht Rechte und Verbindlichkeiten betrifft, weil dabei von einem Conflict des Rechts mit der Billigkeit nicht die Rede iſt, wie es denn freilich wohl keiner Ausführung bedarf, daß wir uns hier nicht mit dem Wiederaufbau zerſtörter Gebäude zu beſchäftigen haben. Ferner wird diejenige Reſtitution ausgeſchloſſen, welche ſich zwar auf Rechte und Verbindlichkeiten bezieht, aber nicht aus Gründen der Billigkeit erfolgt. Wenn man vermöge gegenſeitiger Uebereinkunft von einem Vertrage wieder abgeht, oder wenn ein Contrahent von einer lex commissoria, oder einer in diem addictio, oder einem pactum displicentiae Gebrauch macht, oder wenn Reſolutivbedingungen und Endtermine eintreten, ſo iſt der Erfolg zwar auch eine in integrum restitutio, denn es werden dann auch Rechte wiedergegeben und Verbindlichkeiten vernichtet; allein es geſchieht dies nicht darum, weil der vorhandene Zuſtand unbillig wäre, ſondern aus ganz anderen Urſachen, und eben ſo noch

in vielen ähnlichen Fällen. Endlich begegnet der angegebene Begriff auch der Vermengung der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand mit der Aufhebung von Rechtsverletzungen. Die actiones rei persequutoriae ex maleficiis und die interdicta restitutoria bezwekken ebenfalls Herſtellung eines geſtörten Zuſtandes unmittelbar oder mittelbar durch Erſatz. Weil hier aber die Störung das Recht nicht geändert, ſondern nur verletzt hat, mithin rechtswidrig iſt, ſo iſt hier auch kein Streit zwiſchen Recht und Billigkeit durch die Reſtitution zu beſeitigen; vielmehr giebt es Fälle, in welchen man in der Billigkeit Gründe gegen die Reſtitution finden könnte, z. B. bei dem interdictum unde vi, wenn es die eigene Sache des Beklagten iſt, die er herausgeben muß, und die vielleicht ihm ſelbſt mit Gewalt entriſſen worden iſt.

Selbſt aber bei dieſer Begrenzung haben wir noch mehrere Arten der in integrum restitutiones von einander zu ſondern, denn auch der auf die angegebene Weiſe beſchränkte Begriff der Reſtitution ſchließt Mehreres ein, was nicht verwechſelt werden darf. Dem Urſprunge nach pflegt man restitutiones civiles und praetoriae s. honorariae zu unterſcheiden, und dies iſt allerdings gegründet, obſchon jene Benennungen nicht gerade ſo in den Quellen vorkommen, indem theils das Civilrecht, theils das Prätoriſche Recht die Fälle und Bedingungen aufgeſtellt hat, in und unter wel-

chen, der Billigkeit wegen, die Aufhebung beſtehender rechtlicher Verhältniſſe ſoll erfolgen können. Doch iſt dieſe Unterſcheidung nicht in dem Grade erheblich, wie Manche geglaubt haben; denn es wäre eine durchaus falſche Vorſtellung, mit der Verſchiedenheit der Quelle hier auch einen weſentlichen, praktiſchen Gegenſatz zu verbinden. Viele restitutiones civiles und praetoriae ſtimmen, was ihre Behandlung und überhaupt ihre Theorie betrifft, im Ganzen mit einander überein, während einzelne Klaſſen beider Arten ſehr bedeutend von einander abweichen. Wichtiger iſt daher eine andere Eintheilung die man gerade in praktiſcher Hinſicht machen kann, nämlich daß die aus Billigkeitsgründen erfolgende Herſtellung eines früheren Rechtszuſtandes, theils als ein Recht in Anſpruch genommen werden darf, theils *ipso iure* eintritt, theils endlich nur als eine Gnade bewilligt wird, was hier durch eine gedrängte Ueberſicht der ſämmtlichen vorkommenden Reſtitutionen erläutert werden muß; indem ſich nur dadurch eine deutliche Anſchauung von dem Umfange des eigentlichen Gegenſtandes der folgenden Erörterung gewinnen läßt.

I. Am zahlreichſten ſind die Fälle, in welchen die früheren rechtlichen Verhältniſſe zwar nicht von ſelbſt aufleben, in welchen aber doch ein wirkliches Recht auf Reſtitution ertheilt iſt, welches durch Klagen und Einreden, die ſich darum nicht unpaſſend als Reſtitu-

tions=Klagen und Einreden bezeichnen laſſen, geltend gemacht werden kann.

1. Als restitutiones civiles dieſer Art gehören hierher:

A. Die Rückforderung durch eine der condictiones ex causa, d. h. die condictio ob causam datorum s. causa data causa non sequuta [6]), die c. ob turpem causam [7]), die c. indebiti [8]), die c. sine causa [9]) und die c. ob iniustam causam [10]). Alle dieſe Condictionen betreffen Fälle, wo der Beklagte nicht bloß den Beſitz von Sachen erlangt, ſondern einen wirklichen Erwerb in ſein Vermögen gemacht hat, wo aber in der Veranlaſſung dieſes Erwerbes, der causa adquirendi, ein Billigkeitsgrund gefunden wird, dem, aus deſſen Vermögen das Erworbene gekommen iſt, eine klagbare Forderung auf Rückgabe oder Erſatz einzuräumen. Hier finden wir alſo ein wahres, auf Billigkeit gegründetes Recht auf Reſtitution, und wahrſcheinlich dürfte die Reſtitution vermöge der condictiones ex causa, die älteſte ſeyn, welche das Römiſche Recht kennt.

B. Die Entkräftung inofficioſer Verfügungen durch die querelae inofficiosi testamenti [11]), inofficiosae

6) Dig. XII, 4; Cod. IV, 6.
7) Dig. XII, 5; Cod. IV, 7.
8) Dig. XII, 6; Cod. IV, 5.
9) Dig. XII, 7; Cod. IV, 9.
10) l. 6. D. de coud. ob turp. causam. (12, 5).
11) Inst. II, 18; Dig. V, 2; Cod. III, 28; Cod. Th. II, 19; Cod. Greg. II, 3; Pauli S. R. IV, 5.

donationis [12]) und inofficiosae dotis [13]). Auch dieſe Klagen ſind wahre Reſtitutionsklagen, da ſie eine an ſich gültige letzte Willensordnung, Schenkung oder Dotalbeſtellung vorausſetzen, und nur aus Billigkeitsgründen den ſogenannten Notherben das Recht ertheilt iſt, mit jenen Klagen die Aufhebung der ihnen nachtheiligen Dispoſitionen zu verlangen, weshalb auch dieſe Aufhebung ausdrücklich eine in integrum restitutio genannt wird [14]). Die Umſtoßung eines pflichtwidrigen Teſtaments, welche nächſt den condictiones ex causa vermuthlich die älteſte Civilreſtitution ſeyn möchte, hatte übrigens in früherer Zeit wohl mehr den Character eines Gnadenacts. Das Centumviralgericht ſcheint nämlich anfangs bei ſeiner Entſcheidung über die querela inofficiosi, ein ganz freies Ermeſſen über die Billigkeit oder Unbilligkeit der erhobenen Beſchwerde gehabt zu haben. Allein nach ſpäterem Römiſchen Recht, beſonders nach den genauen Beſtimmungen der Nov. 115., ſteht den verletzten Notherben ein wahres, nur von ſeinen geſetzlichen Bedingungen, aber durchaus nicht mehr von einem richterlichen Gutbefinden

12) Cod. III, 29; Cod. Th. II, 20; Fragm. Vat. §. 270, 282, 293. Buchholz in ſeiner Ausgabe der Fragm. Vat. verſteht dieſe Stelle mit Unrecht nicht von der querela inofficiosi, ſondern von der in integrum restitutio im engern Sinn.

13) Cod. III, 30; Cod. Th. II, 21.

14) Fragm. Vat. §. 282.

abhängiges Recht auf Reſtitution gegen die inofficioſen Dispoſitionen zu.

C. Die Revocation einer Schenkung a, wegen groben Undanks des Beſchenkten [15]), b, wegen nachgeborner Kinder, bei Schenkungen des Patrons an ſeinen Freigelaſſenen [16]), c, und wegen Nichterfüllung der Zweckbeſtimmung bei der donatio sub modo [17]).

D. Die Umſtoßung einer Manumiſſion oder Emancipation, wegen Undanks des Manumittirten [18]), oder Emancipirten [19]).

E. Die Aufhebung der Arrogation eines Unmündigen, zufolge der bekannten Conſtitution von Antoninus Pius [20]).

F. Die Reſtitution des Creditors gegen ſeinen Schuldner, deſſen Schuld ein Frauenzimmer durch priva-

15) l. 1. l. 7. l. 9. l. 10. C. de revoc. donat. (8, 56). Nov. 22. cap. 35.

16) l. 8. C. eod.

17) l. 2. l. 3. l. 6. l. 8. C. de cond. ob caus. dat. (4, 6). l. 1. l. 3. C. de donat. quae sub modo (8, 55). l. 10. C. de revocand. donat. (8, 56).

18) Sueton. in Claud. c. 25, Tac. Ann. XIII. c. 16. u. 26. l. 21. pr. D. quod met. causa (4, 2). l. 6. §. 1. D. de agnosc. et alend. lib. (25, 3). l. 5. pr. D. de iure patron. (37, 14). l. 2. C. de libertis (6, 7). l. 23. l. 30. l. 33. D. de liberali causa (7, 16). a Loon de manum. servor. Ultrai. 1685. 12. lib. II. c. 6. §. 1-4.

19) l. un. C. de ingrat. lib. (8, 50). l. 3. §. 5. D. de bon. poss. contr. tab. (37, 4).

20) l. 32. pr. l. 33. D. de adopt. (1, 7). Nach einem SCtum Sabinianum galt dies früher auch bei der adoptio ex tribus maribus, indem der Adoptirte hier alle Rechte des impubes arrogatus hatte, was aber Juſtinian abgeſchafft hat, §. 14. I. de hered. quae ab intest. (3, 1), l. 10. §. 3. C. de adopt. (8, 48).

tive Interceſſion übernommen hat, das ſich aber nachher auf das Vellejaniſche Senatsconſult beruft [21]).

G. Die Aufhebung eines Vertrages durch einen der Contrahenten in den Fällen, wo bloß aus Billigkeitsgründen ein Recht dazu in den Geſetzen verliehen iſt [22]), wie namentlich bei den negotiis bonae fidei, wenn denſelben ein dolus zu Grunde liegt [23]), beim Verkauf wegen Verletzung über die Hälfte nach Diocletian's Beſtimmung [24]), bei der Vermiethung eines Hauſes, wenn der Vermiether ſelbſt der Wohnung bedarf [25]), bei der Emphyteuſe wegen Verſchlechterung derſelben, oder mehrjähriger Nichtentrichtung des Canons [26]) u. ſ. w.

II. Endlich die beſondere, von Juſtinian eingeführte Reſtitution des suus heres gegen die Ablehnung der väterlichen Erbſchaft [27]).

21) l. 8. §. 7-14. l. 13. §. 2. l. 14. l. 16. §. 1. l. 32. §. 5. D. ad SCt. Vellei. (16, 1). l. 8. l. 16. C. eod. (4, 29). l. 12. D. de minor. (4, 4).

22) Diejenigen Fälle, wo ein Kündigungsrecht in der Natur des Vertrages liegt, wie beim Darlehn, der Societät und dem Mandat, oder durch einen Nebenvertrag (pactum displicentiae, in diem addictio etc.) vorbehalten iſt, oder auf beſonderen poſitiven Gründen beruht, kommen hier natürlich nicht in Betracht, da wir hier überall nur berückſichtigen, wo die Billigkeit gegen das ſtrenge Recht geltend gemacht werden darf.

23) M. ſ. unt. §. 18. Note 94.

24) l. 2. l. 8. C. de rescind. vend. (4, 44). c. 3 u. 6 X. de empt. et vendit. (3, 17).

25) l. 3. C. de locat. et cond. (4, 65).

26) l. 2. C. de iure emphyt. (4, 66). Nov. 7. c. 3. §. 2. Nov. 120. c. 8.

27) l. 6. C. de repud. hered. (6, 31).

2. Als restitutiones praetoriae s. honorariae ſind dagegen hier aufzuführen:

A. Die bonorum possessio contra tabulas, ſowohl die der Kinder [28]) als die des Patrons [29]). Das Prätoriſche Edict behandelt ein Teſtament wegen Uebergehung der Kinder oder des Patrons nicht als ipso iure ungültig; aber da es dieſen Perſonen aus Rückſichten auf die Billigkeit die Befugniß ertheilt, durch Erbittung der b. p. c. t. das ſie beeinträchtigende Teſtament umzuſtoßen und dadurch wieder ihr Inteſtaterbrecht in Anwendung zu bringen, ſo muß man die b. p. c. t. zu den Reſtitutionen des Prätoriſchen Rechts zählen, wie ſie denn auch mehrmals als eine rescissio testamenti bezeichnet wird [30]).

B. Das beneficium abstinendi der sui heredes, bei dem das Weſen einer Reſtitution gegen das ſtrenge Recht noch deutlicher hervortritt, indem ja die sui heredes auch ohne Erklärung der Antretung als Erben ihres Vaters gelten und nur aus Billigkeitsgründen das Recht vom Prätor erhalten haben, die väterliche Erbſchaft wieder abzugeben [31]), wobei auch

28) Dig. XXXVII, 4. u. 5; Cod. VI, 12.

29) Cod. VI, 13; Gaius III. §. 41, 45, 58; Ulp. XXVII. §. 1, XXIX. §. 1 u. 4.

30) Z. B. in l. 1. pr. D. de legat. praest. (37, 5).

31) Gaius II. §. 158-160; Ulp. XXII. §. 24; §. 2. I. de her. qual. (2, 19). l. 11. l. 12. l. 57. pr. l. 87. §. 1. l. 89. D. de adq. her. (29, 2). l. 10. §. 10. D. quae in fraud. cred. (42, 8).

ganz dieſelben Grundſätze zur Anwendung kommen, wie wenn ein anderer Erbe gegen die Antretung in den vorigen Stand geſetzt wird [32].

C. Die Separation der Erbmaſſe im Concurſe des Erben zum Vortheil der Erbſchaftsgläubiger und Legatare [33]. Da durch dieſe, im Prätoriſchen Edict geſtattete Separation, die Verſchmelzung wieder aufgehoben wird, welche dem Civilrecht zufolge zwiſchen der Erbſchaft und dem eigenen Vermögen des Erben eintritt, und zwar bloß aus dem Billigkeitsgrunde, damit diejenigen, welche etwas aus der Erbſchaft zu fordern haben, nicht darunter leiden, wenn der Erbe noch mehr verſchuldet iſt, als der Erblaſſer, ſo gehört dieſe Separation auch vollkommen zu den Prätoriſchen Reſtitutionen. Zweifelhaft iſt aber in der That nach Römiſchem Recht, ob die Erbſchaftsgläubiger und Legatare, ſo wie es ihnen jetzt die Praxis zugeſteht, ein wirkliches Recht auf Separation haben, oder ob es nicht vielmehr ganz vom Ermeſſen des Richters abhängt, die Separation zuzulaſſen oder nicht [34].

D. Die Umſtoßung a, erzwungener Geſchäfte durch

32) M. vergl. z. B. l. 55 u. l. 61. D. de adquir. her. (29, 2). l. 30. §. 10 u. 11. D. de fideicommissar. lib. (40, 5). l. 6. §. 2 u. 3. D. de bon. lib. (38, 1).

33) Dig. XLII, 6; Cod. VII, 72.

34) M. ſ. nur l. 1. pr. §. 1 u. 14. D. de separat. (42, 6). l. 2. C. de bon. auct. iud. poss. (7, 72).

die actio quod metus causa [35]), b, betrüglicher Geſchäfte durch die actio de dolo [36]), c, der alienatio iudicii mutandi causa, durch die actio de a. i. m. c. [37]), d, der alienatio in fraudem patroni durch die actiones Fabiana und Calvisiana [38]), e, und der alienatio in fraudem creditorum durch die actio Pauliana [39]) und das interdictum fraudatorium [40]). Alle hier genannten Klagen werden ausdrücklich als in integrum restitutiones bezeichnet [41]). Bei den unter a bis d angegebenen Klagen war indeſſen bei den Römern die Reſtitution eigenthümlich bedingt. Dieſe Klagen gehörten nämlich zu den actione arbitrariae [42]), und es ward

35) Paul. S. R. I, 7; Dig. IV, 2; Cod. II, 20; Lib. VI. Decret. I, 20.

36) Paul. S. R. I, 8; Dig. IV, 3; Cod. II, 21.

37) Dig. IV, 7; Cod. II, 55; Decret. Gregor. IX. I, 42.

38) Dig. XXXVIII, 5; Cod. VI, 5. Merkwürdigerweiſe werden die actiones Fabiana und Calvisiana, utiliter dem impubes arrogatus geſtattet zur Revocation von Alienationen in fraudem quartae Divi Pii. L. ult. D. si quid in fraud. patroni (38, 5).

39) Dig. XLII, 8; Cod. VII, 75.

40) l. 67. §. 1 u. 2. D. ad SCt. Trebell. (36, 1). l. 10. pr. D. quae in fraud. cred. (42, 8). l. 96. pr. D. de solut. (46, 3). l. 1. C. Th. de integri restit. (2, 16).

41) l. 9. §. 3, 7, 8. D. quod met. causa (4, 2). l. 18. pr. §. 1. D. de dolo (4, 3). l. 3. §. 4. D. de alien. iud. mut. causa (4, 7). l. un. C. eod. (2, 55). l. 10. §. 22. D. quae in fraud. cred. (42, 8).

42) §. 31. I. de act. (4, 6). l. 9. §. 7 u. 8. l. 14. D. quod met. causa (4, 2). l. 18. pr. §. 1. D. de dolo (4, 3). l. 8. pr. D. de alien. iud. mut. causa (4, 7). l. 1. §. 12. l. 5. §. 1. D. si quid in fraud. patroni (38, 5).

daher nicht der Beklagte geradezu condemnirt, die Herſtellung des früheren Zuſtandes ſoweit möglich zu bewirken, ſo wie es bei der actio Pauliana geſchah, ſondern es ward nur der Beklagte durch ein arbitrium de restituendo zum Reſtituiren aufgefordert, eine Aufforderung, der er aber nicht Folge zu leiſten brauchte, wenn er es vorzog, ſich in den Schadensersatz condemniren zu laſſen, was freilich immer mit dem Nachtheil für ihn verbunden war, daß der Kläger den Schaden durch ſein iuramentum in litem taxiren durfte, und in einigen Fällen noch viel härtere Folgen hatte, bei der actio de dolo die Infamie und bei der actio quod metus causa die Verpflichtung zum vierfachen Erſatz.

E. Die Aufhebung eines Kaufs wegen heimlicher Fehler, oder wegen des Mangels verſprochener Eigenſchaften der Sache, vermöge der actio redhibitoria [43]), die als eine, von den Aedilen eingeführte Klage, zwar nicht dem Prätoriſchen Edict, aber doch dem ius honorarium angehört, übrigens gleich der Paulianiſchen Klage keine actio arbitraria iſt [44]).

II. Als eine zweite Art der Reſtitution iſt angegeben worden, wenn erloſchene rechtliche Verhältniſſe, in

43) Dig. XXI, 1; Cod. IV, 58; Cod. Th. III, 4.

44) Die l. 45. D. de aedil. ed. (21. 1) ſcheint mir nicht das Gegentheil zu beweiſen, ſondern ſich nur auf die dupli stipulatio zu beziehen.

Folge gewiſſer Ereigniſſe bloß der Billigkeit wegen, ipso iure wieder aufleben. Dies finden wir namentlich beim postliminium [45]). Wer in feindliche Gefangenſchaft geräth, verliert nach Römiſchen Grundſätzen alle ſeine Rechte, und an den Sachen, deren ſich der Feind bemächtigt hat, hört das bisherige Eigenthum auf. Allein die Römer fanden es doch billig, daß der befreite Gefangene wieder in ſeine Rechte einträte, und daß die dem Feinde wieder abgenommenen Sachen an ihre früheren Eigenthümer zurückfielen, welches Letztere jedoch nur in Anſehung der Grundſtücke, Sklaven, Laſtthiere und Schiffe durchgeführt ward. Dieſes unter dem Namen des Poſtliminiums bekannte Aufleben des ehemaligen Rechtsverhältniſſes, wird nun nicht nur eine in integrum restitutio genannt, ſondern in mehreren Beziehungen auch nach den Grundſätzen von der eigentlichen Wiedereinſetzung in den vorigen Stand behandelt [46]). Ein ähnliches Beiſpiel bietet uns das, obſchon nicht immer, doch in mehreren Fällen Statt findende Aufleben dinglicher Rechte an zu Grunde gegangenen Sachen, wenn dieſe wieder hergeſtellt

45) Dig. XLIX, 15; Cod. VIII, 51; §. 5. I. quib. mod. ius patr. pot. solv. (1, 12). de postlim. (8, 51). l. 5. C. quib. ex caus. mai. (2, 54). l. 24. C. de rei vind. (3, 32). l. 19. l. 20. D. ex quib. caus. mai. (4, 6). l. 5. pr. l. 19. pr. D. de captivis (49, 15).

46) l. 6. C. quib. non obiic. long. temp. praescr. (7, 35). l. 1, 6, 9, 10, 11, 15, 18. C.

werden [47]). Was die Quelle der ipso iure eintretenden Reſtitution betrifft, ſo findet ſich im Prätoriſchen Recht kein hierher gehöriger Fall. Das Poſtliminium kann man aber, ſtreng genommen, auch nicht den Civilreſtitutionen beizählen, da es auf Altitaliſcher Völkerſitte beruhte, alſo iuris gentium war [48]).

III. Die dritte Art der Reſtitution iſt die, welche nur als eine Gnade bewilligt wird. Hierher gehört:

1. Die indulgentia criminum, worunter zweierlei verſtanden iſt:

A. Die Begnadigung verurtheilter Verbrecher [49]), welche in den Quellen gewöhnlich ſchlechtweg in integrum restitutio oder restitutio damnatorum heißt [50]), was auch in Beziehung auf die bei den Römern ſo üblichen Strafen der Confiſcation und der capitis deminutio maxima oder media ſehr paſſend iſt. Als ein Reſervatrecht der höchſten Staatsgewalt [51]), iſt nun freilich die Begnadigung nicht

47) l. 8. §. 2. D. de S. P. U. (8, 2), l. 14. D. quemadm. serv. amitt. (8, 6), l. 13. pr. l. 29. §. 12. l. 35. D. de pignor. (20, 1).

48) Festus voce „*Postliminium.*"

49) Dig. XLVIII, 23; Cod. IX .51; Cod. Th. IX, 43.

50) Cic. in Pisonem c. 15, pro Milone c. 14, contra Rullum II. c. 4, in Verr. II, 5. c. 6; Caesar de bello civ. III. c. 1; §. 1. I. quib. mod. ius pat. pot. solv. (1, 12), l. 6. §. 12. D. de iniusto (28, 3), l. 11. D. de alim. leg. (34, 1), l. 1. §. 2. D. de leg. Jul. de amb. (48, 14), l. 1. C. de sent. pass. (9, 51).

51) l. 1. §. 9 u. 10. D. de postulando (3, 1), l. 45. §. 1. D. de re iud. (42, 1), l. 27. pr. D. de poenis (48, 19).

bloß auf die Fälle beſchränkt, in welchen eine Strafe wirklich als unbillig erſcheint, und daß auch ſchon bei den Römern oft ſehr willkührliche Begnadigungen vorkamen, iſt bekannt genug. Cicero klagt bereits über die häufigen restitutiones damnatorum [52]). Daß indeſſen das Begnadigungsrecht nur dann wohlthätig ſey und ſeinem Zweck entſpreche, wenn es bloß ausgeübt wird, wo der Buchſtabe des Strafgeſetzes mit den Forderungen der Billigkeit in Widerſtreit tritt, darüber werden ohne Zweifel Alle einverſtanden ſeyn, und in ſo fern kann man auch die Begnadigung unter die auf Ausgleichung des ſtrengen Rechts mit der Billigkeit berechneten Reſtitutionen zählen. Uebrigens kommt die Begnadigung in einer dreifachen Abſtufung vor: als **allgemeine Begnadigung**, welche alle durch die Strafe verlornen Rechte wiedergiebt [53]), als **theilweiſe Begnadigung**, die nur beſtimmte Wirkungen und Folgen der Strafe aufhebt [54]), und

Bei den Römern hatte anfangs das Volk, dann auch der Senat, und zuletzt der Kaiſer das Begnadigungsrecht.

52) Cic. contra Rullum II, c. 4.

53) l. 40. §. 1. D. ex quib. caus. mai. (4, 6), l. 1-3. D. de sent. pass. et restit. (48, 23), l. 1. l. ult. C. eod. (9, 51). Nach der lex 1. C. cit. ſcheint man dieſe allgemeine Begnadigung vorzugsweiſe unter der restitutio damnatorum verſtanden zu haben; denn es wird hier einem abgeſetzten Beamten reſcribirt: „Restituo te in integrum provinciae tuae. Ut autem scias quid sit in integrum restituere, honoribus et ordini tuo et omnibus caeteris te restituo.“ M. ſ. auch §. 1. I. quib. mod. ius patr. pot. solv. (1, 12).

54) l. 2-6. C. eod.

als indulgentia generalis, wenn alle Verbrecher einer gewiſſen Art auf ein Mal begnadigt werden, wodurch dieſelben aber nur ihre Freiheit wieder erhalten und von Leibesſtrafen befreit werden, dagegen keineswegs auch in andere ihnen entzogene Rechte wieder eintreten [55]).

B. Die Abolition zu Gunſten der Inculpaten [56]), welche auch ein Reſervatrecht der höchſten Staatsgewalt iſt, und zugleich ebenfalls in drei Abſtufungen vorkommt: als abolitio specialis, in Beziehung auf einen einzelnen anhängigen Criminalproceß [57]), als abolitio publica, wenn alle anhängigen Criminaluntersuchungen niedergeſchlagen werden, wie es bei den Römern zuweilen zur Verherrlichung erfreulicher Ereigniſſe geſchahe [58]), und als abolitio generalis (Amneſtie), wenn entweder für alle begangenen Verbrechen einer gewiſſen Art (a. g. ratione rerum), oder gewiſſen Klaſſen von Perſonen für alle ihre begangenen Verbrechen (a. g. ratione personarum), Strafloſigkeit verheißen wird [59]). Als Reſtitution betrachtet, wird zwar die Abolition eben

55) l. 7. l. 9. l. 10. l. 12. C. eod.

56) Paul. S. R. V, 17; Dig. XLVIII, 16; Cod. IX, 42 u. 43; Cod. Th. IX, 37 u. 38.

57) Von dieſer iſt ſelten in den Quellen die Rede.

58) Paul. V, 17. §. 2, l. 7-12. D. ad SCt. Turpill. (48, 16), l. 1 u. 2. C. de generali abol. (9, 43).

59) l. 3. C. eod. und Cod. Th. IX, 38.

ſo wenig als die Begnadigung immer bloß aus Billigkeitsgründen hervorgehen. Allein was in Rückſicht des Zwecks der Begnadigung bemerkt worden iſt, leidet unſtreitig auch hier im Allgemeinen eine analoge Anwendung.

2. Die Abolition zu Gunſten des Anklägers, welche der Richter bewilligen kann, aber nur aus triftigen Gründen, und nur mit Einwilligung des Angeklagten, weil deſſen Ehre durch eine unerledigte Unterſuchung gegen ihn, gefährdet wird [60]. Es bezieht ſich aber dieſe Abolition nur auf den Accuſationsproceß, indem der Ankläger nicht willkührlich ſeine Klage fallen laſſen darf, vielmehr für den Rücktritt ſtrenge beſtraft werden ſoll, worüber beſonders das SCtum Turpillianum genaue Beſtimmungen aufgeſtellt hat [61]. Von dieſer Pflicht zur Fortſetzung einer erhobenen Anklage befreit nun dieſe Abolition, welche daher, als Aufhebung einer rechtlichen Verbindlichkeit, eine wahre in integrum restitutio iſt, aber auch als eine Gnade angeſehen werden muß, weil ein Ankläger, ſelbſt bei den ſtärkſten Entſchuldigungsgründen, niemals ein eigentliches Recht hat, die Niederſchlagung des Proceſſes zu verlangen.

3. Zuletzt iſt noch in die Klaſſe der als ein Gnadenact, oder eine beſondere Vergünſtigung erſcheinen-

60) l. 1. §. 8 u. 9, l. 10. pr. l. 18. §. 1. D. ad SCt. Turpill. (48, 16). l. 15. pr. D. de iure fisci (49, 14). l. 1. l. 2. l. 3. C. de abolit. (9, 42).

61) l. 1. §. 7. l. 15. pr. D. ad SCt. Turpill. (48, 16).

den Reſtitutionen, auch diejenige zu ſetzen, welche wir vorzugsweiſe zu verſtehen haben, wenn in den Quellen von in integrum restitutio, und bei den Neueren von Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, oder von Prätoriſcher Reſtitution die Rede iſt.

Eine nähere Entwicklung des Weſens dieſer Reſtitution kann aber hier erſpart werden, da dieſe Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, welche wegen ihrer eigenthümlichen Natur und ihrer ausgebreiteten Anwendung viel mehr als alle anderen Reſtitutionen zur Ausgleichung von Recht und Billigkeit dient, und theils um dieſer beſonderen Wichtigkeit willen, theils wegen der Schwierigkeit ihrer Theorie, unſere Aufmerkſamkeit vorzüglich in Anſpruch nimmt, gerade den Gegenſtand der ganzen folgenden Erörterung bildet. Nur zwei Bemerkungen mögen hier noch einen Platz finden. Obgleich nämlich das Prätoriſche Edict den Grund zu dieſer Reſtitution gelegt hat, dieſe alſo mit Recht zu den restitutiones praetoriae gezählt wird, ſo darf dabei doch nicht überſehen werden, daß auch andere Rechtsquellen, namentlich Kaiſerliche Conſtitutionen und die Praxis bei den Römern, ſehr viel zur Ausbildung dieſer Lehre beigetragen, und dieſelbe in manchen Punkten erweitert und näher beſtimmt haben. Eben ſo einſeitig würde es aber ſeyn, wenn man die Prätoriſche Reſtitution, wie häufig geſchehen iſt, als bloß gegen die Strenge des Römiſchen Civilrechts ge-

richtet, auffaſſen wollte. Allerdings mag die nicht ſelten in unbillige Härte ausartende Einfachheit und Eigenthümlichkeit des alten ius civile die Prätoren zuerſt auf das Reſtituiren, wie auf ſo viele andere mildernde Einrichtungen geführt haben. Dafür ſprechen nicht bloß die Geſchichte des ius honorarium, ſondern auch ausdrückliche Zeugniſſe [62]). Allein die Reſtitution iſt eben ſowohl zuläſſig, wenn Beſtimmungen des Edicts, als wenn civilrechtliche Grundſätze in der einzelnen Anwendung als unbillig erſcheinen.

62) L. 6. §. 1. D. de bon. poss. (37, 1). l. 35. pr. D. de O. et A. (44, 7).

§. 2.

II. Quellen und Litteratur.

1. Quellen.

I. Vorjuſtinianiſche Quellen:

1. Pauli Sent. rec.

Tit. de integri restitutione (1, 7).

— de dolo malo (1, 8).

— de minoribus XXV annorum (1, 9).

2. Cod. Gregorianus:

Tit. si adversus donationes sponsis factas in integrum quis restitui velit (2, 1).

— si maior fuerit probatus (2, 2).

3. Cod. Theodosianus [1]):

Tit. de dolo malo (2, 15).

— de integri restitutione (2, 16).

— de his qui veniam aetatis impetrarunt. (2, 17).

1) Die von Cloſſius und Peyron entdeckten Ergänzungen zum Codex Theodoſianus liefern für die hierhergehörigen Titel nichts Neues.

II. Juſtinianiſche Quellen:

1. Digesta:

Tit. de in integrum restitutionibus (4, 1).
— quod metus causa gestum erit (4, 2).
— de dolo malo (4, 3).
— de minoribus viginti quinque annis (4, 4).
— de capite minutis (4, 5).
— ex quibus causis maiores viginti quinque annis in integrum restituuntur (4, 6).
— de iuris et facti ignorantia (22, 6).
— quod falso tutore auctore gestum esse dicetur (27, 6).

2. Codex:

Tit. de iuris et facti ignorantia (1, 18).
— de his, quae vi metusve causa gesta sunt (2, 20).
— de dolo malo (2, 21).
— de in integrum restitutione minorum viginti quinque annis (2, 22).
— de filiofamilias minore (2, 23).
— de fideiussoribus minorum (2, 24).
— si tutor vel curator intervenerit (2, 25).
— si in communi eademque causa in integrum restitutio postuletur (2, 26).
— si adversus rem iudicatam restitutio postuletur (2, 27).
— si adversus venditionem (2, 28).

Tit. si adversus venditionem pignorum (2, 29).
— si adversus donationem (2, 30).
— si adversus libertatem (2, 31).
— si adversus transactionem vel divisionem in integrum minor restitui velit (2, 32).
— si adversus solutionem a tutore vel a se factam (2, 33).
— si adversus dotem (2, 34).
— si adversus delictum (2, 35).
— si adversus usucapionem (2, 36).
— si adversus fiscum (2, 37).
— si adversus creditorem (2, 38).
— si minor ab hereditate se abstineat (2, 39).
— si ut omissam hereditatem vel bonorum possessionem, vel quid aliud adquirat (2, 40).
— in quibus causis in integrum restitutio necessaria non est (2, 41).
— qui et adversus quos in integrum restitui non possunt (2, 42).
— si minor se maiorem dixerit, vel maior probatus fuerit (2, 43).
— si saepius in integrum restitutio postuletur (2, 44).
— de his qui veniam aetatis impetrarunt (2, 45).
— si maior factus ratum habuerit (2, 46).

Tit. ubi et apud quem cognitio in integrum restitutionis agitanda sit (2, 47).

— de reputationibus quae fiunt in iudicio in integrum restitutionis (2, 48).

— etiam per procuratorem causam in integrum restitutionis agi posse (2, 49).

— in integrum restitutione postulata, ne quid novi fiat (2, 50).

— de restitutionibus militum, et eorum qui reipublicae causa absunt (2, 51).

— de uxoribus militum, et eorum qui reipublicae causa absunt (2, 52).

— de temporibus in integrum restitutionis, tam minorum, et aliarum personarum, quae restitui possunt, quam etiam heredum eorum (2, 53).

— quibus ex causis maiores in integrum restituuntur (2, 54).

III. Canoniſche Quellen:

1. Decretales Gregorii IX.:

Tit. de his quae vi metusve causa fiunt (1, 40).

— de in integrum restitutione (1, 41).

2. Liber VI. Decretalium:

Tit. de his quae vi metusve causa fiunt (1, 20).

— de restitutione in integrum (1, 21).

3. Clementinae:

Tit. de restitutione in integrum (1, 11).

IV. Reichsgeſetze:

1. Speyerſcher Viſitationsabſchied v. 1533. §. 5.
2. Kammergerichtsordnung v. 1555. Th. III. Tit. 52.
3. Concept der Kammergerichtsordnung Th. III. Tit. 62.
4. Gemeine Beſcheide des Reichskammergerichts v. 1669, 1671 u. 1760, abgedruckt in Emminghaus Corp. Iur. Germ. B. 2. S. 358, 384 u. 495.
5. Reichsdeputationsabſchied v. 1600. §. 138.
6. Dubium Cammerale die restitutio in integrum betreffend v. 1786, abgedruckt bei Emminghaus l. c. S. 502.

V. Bundestagsbeſchlüſſe:

1. Beſchluß v. 16ten Juni 1817 (III, 9).
2. — — 13ten Aug. 1820.
3. Protokoll der 34ſten Bundestagsſitzung v. 1821, der 13ten v. 1822, der 18ten v. 1823.

Außer den Materialien, welche die hier aufgeführten Hauptquellen liefern, giebt es aber noch eine ſehr große Menge einzelner Stellen über die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand zerſtreut in allen Quellen des gemeinen Rechts, beſonders in den Juſtinianiſchen Sammlungen und Novellen. Viele dieſer zerſtreuten Bemerkungen und Notizen geben ſehr wichtige Aufſchlüſſe, und es dürfte daher ein kleines Verdienſt dieſer Arbeit ſeyn, dieſelben vollſtändiger, als bisher geſchehen, aufgeſucht, geſammelt und benutzt zu haben.

Eine zweite Bemerkung, die am paſſendſten gleich hierher geſtellt wird, betrifft die Benutzung der Quellen. Es iſt bekannt, daß die Römiſchen Juriſten und ſelbſt die Kaiſer es lieben, das Allgemeine an etwas Einzelnes, bei welchem es zur Anwendung kommt, anzuknüpfen, und daß ſie daher die allgemeinen Grundſätze über eine Gattung rechtlicher Verhältniſſe gewöhnlich in Beziehung auf Ein beſtimmtes Verhältniß dieſer Art vortragen. So wie nun z. B. der Kauf als Normalcontract in Rückſicht der contractus bonae fidei, der Uſusfructus als Normalſervitut in Rückſicht der Perſonalſervituten behandelt wird, ſo wird auch die Reſtitution wegen Minderjährigkeit als ein Normalfall hervorgehoben, was zuerſt vorzüglich in den Edictscommentaren von Paulus und Ulpian geſchehen zu ſeyn ſcheint. Wir können daher die Regel aufſtellen, daß was von der Reſtitution Minderjähriger gilt, auch auf die aus anderen Billigkeitsgründen erfolgenden Reſtitutionen anzuwenden iſt, ſo weit als nicht die Natur der Sache, oder beſondere Beſtimmungen entgegenſtehen. Zu dieſem Reſultat kann man freilich nur durch genaue Bekanntſchaft mit dem inneren Zuſammenhange der Quellen gelangen; ausdrückliche Zeugniſſe giebt es dafür nicht. Folgende Umſtände weiſen jedoch ſehr deutlich darauf hin, daß die angegebene Regel wirklich gegründet ſey. Eine Menge der wichtigſten Fragen, die bei jeder Reſtitution in Betracht kommen, iſt anſchei-

nend nur in Rückſicht der restitutio minorum beantwortet, ſo daß, ohne allgemeinere Auffaſſung der Grundſätze über dieſe, es in Anſehung der ſonſtigen Reſtitutionen, in den mannigfaltigſten Beziehungen an einer Norm ganz fehlen würde, während es doch unglaublich iſt, daß die Römer hier nicht das Bedürfniß feſter Normen empfunden haben ſollten. Die Theorie der restitutio minorum begreift deshalb auch einen ganz unverhältnißmäßigen Theil der von der Reſtitution handelnden Quellen, vorzüglich im Codex, wobei es auch Beachtung verdient, daß mehrere Titel, obgleich die darin aufgenommenen Stellen den Worten nach nur von der Reſtitution Minderjähriger reden, eine ganz allgemein lautende Rubrik erhalten haben, was ohne Zweifel kein bloßer Zufall iſt. Endlich muß es auch auffallen, daß, ſo oft die Reſtitution beiſpielsweiſe erwähnt wird, das Beiſpiel faſt immer von der Reſtitution wegen Minderjährigkeit entlehnt iſt. Dieſe Thatſache wäre nicht leicht zu erklären, wenn die Römer dieſe Reſtitution nicht als Repräſentanten der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand überhaupt betrachtet hätten, wogegen eine ſolche Anſicht von der restitutio minorum die Römer ſehr natürlich darauf leiten mußte, vorzugsweiſe auf dieſe Bezug zu nehmen.

2. Litteratur.

Die älteren Schriften über unſere Lehre ſind größtentheils enthalten in

Variorum Jureconsultorum Tractatus de restitutione in integrum. IV Tomi. Ffti. 1586. fol., worin die Tractate von Sfortia Oddus, Joh. Mauritius, Didacus Covarruvius, Pet. Rebuffus, Robert Lancelotte, Gabriel Mudäus, Anton Gomez, M. Anton Caimesius, Joh. Pet. de Ferrariis, Udalricus Zaſius, Joachim Mynſinger, Dominic. de Rota, Wilhelm Caſſadorus und Franz de Caldas ſtehen. Ich habe mir indeſſen dieſe Sammlung nicht verſchaffen können, und kenne daher die darin enthaltenen Abhandlungen nicht aus eigener Anſicht, mit Ausnahme des Tractats von Oddus, der auch einzeln zu haben iſt. Es ſollen aber auch die übrigen Stücke der Sammlung eben ſo geringen Werth haben, als die meiſten der zahlreichen Diſſertationen, welche

Lipenii Bibliotheca iuridica sub voce: „Restitutio in integrum"

aufzählt, und Einzelnes, was ich darin durch Andere habe nachſehen laſſen, hat dieſes allgemeine Urtheil beſtätigt.

Die wichtigſten litterariſchen Hülfsmittel für unſeren Gegenſtand, die ich auch mit eben ſo viel Nutzen als Sorgfalt ſtudirt habe, dürften folgende ſeyn:

I. Sfortiae Oddi ICti Perusini Tractatus de restitutione in integrum. Zuerſt Venetiis 1584. fol. Am beſten Ffti. 1672. fol.

Dies iſt unſtreitig das Hauptwerk über die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, nicht bloß dem Umfange nach. Man erkennt, daß Oddus ſeinen Stoff beherrſcht; auch hat er im Ganzen immer richtige Anſichten. Aber ſeine Manier leidet ſehr an den Fehlern ſeines Zeitalters. Anſtatt die Grundſätze recht zu entwickeln, worauf es ankommt, verliert er ſich gleich den Scholaſtikern in der Erörterung unzähliger ſpecieller Fragen, deren Beantwortung ſich aus den allgemeinen Grundſätzen, ſobald dieſe gehörig ausgeführt ſind, von ſelbſt ergeben muß, und dabei wird man mit einer Fluth von ſchlechten Auctoritäten überſchüttet, ſelbſt da, wo die Quellen ihm die klarſten Beweiſe an die Hand gegeben hätten. Aus dieſen Mängeln geht eine Weitſchweifigkeit hervor, die ſein Buch wenigſtens drei Mal ſtärker hat werden laſſen, als nöthig geweſen wäre, und die das Studium deſſelben im höchſten Grade ermüdend macht.

II. Iacobi Cuiacii Commentarii ad Titt. D. de in integrum restitutione, quod metus causa, de dolo malo, und de minoribus XXV annis.

Dieſe Commentarien gehören zu Cujazens Opera priora, in deren Ausgaben ſie ſich daher auch finden. Da es darin nur auf die Erklärung einzelner Hauptſtellen in den angeführten Titeln abgeſehen iſt, ſo darf man hier natürlich keine Entwicklung der Lehre von der Reſtitution, ſondern nur Beiträge ſuchen. Bei aller Kürze

dieſer Beiträge, verrathen dieſelben aber dennoch die tiefe Quellenkenntniß und den ſeltenen Geiſt und Scharfblick ihres Verfaſſers, ſelbſt da, wo man dieſem widerſprechen muß. Manche zerſtreute Bemerkungen von Cujaz über einzelne in der Folge in Betracht kommende Stellen werden an den geeigneten Orten angeführt werden.

III. Franc. Duareni in primam partem Pandectarum sive Digestorum methodica enarratio s. Commentarius; lib. IV. tit. 1-6; in Opp. p. 74-136.

Eine gedrängte halb exegetiſche, halb ſyſtematiſche Erörterung unſerer Lehre, worin auch die darauf bezüglichen Titel des Codex eingeflochten und erklärt ſind. Die gemiſchte Methode der Darſtellung bringt zwar etwas Unordnung hervor, indeſſen gewährt das Ganze doch eine recht gute Ueberſicht, und wird auch nicht durch weſentliche Irrthümer entſtellt.

IV. Hug. Donelli Commentarii iuris civilis lib. XXI. c. 4-14.

Die dem Donell eigene klare, beſtimmte und körnige Entwicklung zeigt ſich auch hier, nur hat er dem Plan ſeines Werks zufolge ſich zu kurz faſſen müſſen, um befriedigen zu können.

V. Antonii Fabri Rationalia ad tertiam partem Pandectarum, lib. IV. tit. 1-6.

Einige für unſeren Gegenſtand nicht unwichtige Erörte-

rungen von Faber, finden ſich auch in ſeinen Errores Pragmaticorum, in ſeinen Coniecturae iuris civilis und in anderen Theilen ſeiner Rationalia. Ueberhaupt iſt Faber ein Hauptſchriftſteller für uns, voll Gelehrſamkeit, die er faſt zu freigebig auskramt, und voll eigener Gedanken; aber er will vorſichtig benutzt ſeyn, weil ſeine Theorieen, Hypotheſen und Behauptungen, obgleich immer originell und ſcharfſinnig, bei näherer Prüfung ſich bei Weitem nicht immer als probehaltig ausweiſen. Er hat viel in der Rechtswiſſenſchaft aufgeklärt, aber auch eine Menge falſcher Anſichten in Gang gebracht.

VI. R. Bachowius van Echt, Commentatio in primam partem Pandectarum. Spirae 1630. 4. lib. IV. tit. 1-6.

Bachow gehört zu den ausgezeichneteren Zöglingen der Cujaziſchen Schule, als welcher er ſich auch in ſeinem Abriß der Reſtitutionslehre, der indeſſen keineswegs auf Vollſtändigkeit Anſpruch machen kann, durch lichtvolle Behandlung ſeines Stoffs, ſo wie durch treffende Bemerkungen und helle Blicke ausweiſt. Seine etwas biſſige Polemik iſt vorzüglich gegen Anton Faber gerichtet, den er, als einen Gegner von Cujaz, bei jeder Gelegenheit bekämpft, zuweilen auch mißhandelt, und deſſen Schwächen ſeinem durchdringenden Verſtande nirgends entgehen.

VII. **Ioannis Voet.** Commentar. ad Pandectas, lib. IV. tit. 1-6.

Der Voetſche Commentar, oder richtiger das Voetſche Handbuch nach der Legalmethode, iſt zu verbreitet, als daß hier Bemerkungen über den Character deſſelben am rechten Orte wären. Seine Einfachheit und Klarheit in der Darſtellung, das Anknüpfen der Theorie an die Praxis durch ſtete Nachweiſung, wie ſich die Sache im wirklichen Leben geſtaltet, und die Vollſtändigkeit in der Berückſichtigung aller irgend erheblichen Punkte in jeder Materie, ſichern dem Werke einen bleibenden Werth, in welcher Rückſicht auch, was über unſere Lehre geſagt iſt, nicht hinter andern Theilen des Commentars zurückſteht. Tief eindringende Unterſuchungen kommen hier freilich nicht vor, und wo es daher auf die Löſung ſehr ſchwieriger Fragen ankommt, darf man nicht grade bei Voet Hülfe ſuchen.

VIII. **Ger. Noodtii** Comm. in libros XXVII. Digestorum, lib. IV. tit. 1-6 et lib. XXVII. tit. 6.

Eiusd. Liber de forma emendandi doli mali in contrahendis negotiis admissi. Lugd. Bat. 1709. 4.

In der letzteren Schrift hat es Noodt auf eine recht gründliche Entwicklung der Römiſchen Grundſätze vom Betruge und Zwange in rechtlichen Geſchäften angelegt, und er darf auch unbedenklich der Hauptſchrift-

ſteller über dieſen Gegenſtand genannt werden, wenn ich gleich die Anſicht, welche er durchzuführen ſucht, für gänzlich verfehlt halte. In ſeinem Commentar, der bekanntlich kein exegetiſches, ſondern ein dogmatiſches Werk iſt, berührt er meiſtens nur ſehr kurz das Wichtigſte, liefert aber auch ſo manche beachtenswerthe Notiz, und regt Gedanken an, die verfolgt zu werden verdienen.

IX. Sam. de Cocceii Ius civile controversum, lib. IV. tit. 1-6.

Abgeſehen von der geſchmackloſen, jedoch der Kürze ſehr förderlichen Form, hat Cocceji die meiſten der von ihm berührten Controverſen über die Reſtitution recht gut gelöſt, und wo er fehlgreift, bietet er doch gewöhnlich brauchbare Fingerzeige, ſo daß man manche hierhergehörige Streitfragen ungern ganz bei ihm vermißt, wofür mehrere andere, die nicht der Rede werth ſind, ohne Schaden hätten wegbleiben können.

X. C. G. Biener Histor. iur. civ. de restit. in integrum. Lipsiae 1779. 4.

Wie der Titel angiebt, iſt es in dieſer kleinen Schrift auf eine Geſchichte der Prätoriſchen Reſtitution abgeſehen, und als Zuſammenſtellung der wichtigſten Materialien für eine ſolche Geſchichte, iſt die Arbeit ſchätzbar. Daß aber der Verfaſſer den Gang der Ausbildung unſerer Lehre richtig erkannt und verfolgt habe, kann ich nicht zugeben.

XI. C. F. Glück, de vita petendae restitutionis in integrum Praetoriae. Halae 1776. 4; auch in Opusc. iurid. Fasc. II. p. 259-500 und Fasc. IV. p. 1-95.

Deſſelben Syſtemat. Erläuterung der Pand. nach Hellfeldt §. 43-472.

Es ſcheint, daß der ehrwürdige Veteran Glück die Reſtitutionslehre mit einer Art Vorliebe behandelt habe, und er hat mir daher auch in vielen Beziehungen trefflich vorgearbeitet. Schon deshalb würde ich auf ſeine reichhaltigen Ausführungen beſonders häufig Bezug nehmen müſſen, wenn auch keine andere Veranlaſſung dazu gegeben wäre. Leider aber hat Glück neben vielen ſehr gelungenen Unterſuchungen und Erörterungen auch manche Anſichten vertheidigt, die ich wenigſtens, für unrichtig halten muß, und die, bei der großen Auctorität des Mannes, nicht ohne Widerlegung haben bleiben dürfen. Uebrigens hat Glück ſelbſt bereits im Commentar zum Hellfeldt Einiges aus ſeiner früheren Schrift, welche ſich als eine Jugendarbeit verräth, ſtillſchweigends berichtigt.

Den hier genannten Werken könnte ich noch ein langes Verzeichniß anſchließen, wenn ich alle Diſſertationen und kleinen Abhandlungen über die Reſtitution, die ich geleſen habe, aufführen wollte. Allein diejenigen darunter, welche die Reſtitution im Allgemeinen behandeln, ſind ohne Ausnahme nicht des Nennens werth, und

diejenigen, die ſich bloß auf einzelne Punkte beziehen [2]), werden, ſo ferne ſie es verdienen, da vorkommen, wo ſie ihrem Gegenſtande nach hingehören. Bedauern muß ich aber, daß es mir, aller angewandten Mühe ungeachtet, unmöglich gewesen iſt,

P. P. H. de Dompierre de Jonquières Specimen de restitutionibus in integrum seu Commentarius ad Titulos Pandectarum, qui ad illam materiam pertinent. Lugd. Bat. 1767. 8.

aufzutreiben [3]). Nach dem Urtheil Mehrerer, die das Buch geleſen, ſoll es zwar höchſt ſeicht und ungründlich ſeyn; indeſſen hätte ich doch ſelbſt gern eine Schrift benutzt, die ſchon ihres Umfanges wegen, einen bedeutenden Platz in der Litteratur unſerer Lehre einnimmt, und deshalb gewöhnlich den Hauptwerken beigezählt wird.

2) Zu dieſen gehört auch Io. Fr. Wahl Pr. de usu rest. in integr. Praetoriae Romanae in iudiciis Germanicis. Gottingae 1751. 4, der immer unter den Schriftſtellern über die Reſtitution überhaupt genannt wird, obgleich er nur die Reſtitution gegen Urtheile wegen entdeckter Nova erörtert. Daſſelbe gilt von C. Klien Ueber das Weſen und die heutige Anwendbarkeit der Prätoriſchen Reſtitut.; im Archiv für civil. Praxis B. 1. N. 16, der eigentlich nur von der actio quod metus causa handelt.

3) Ein Paar Citate daraus hat ein Freund für mich verglichen.

§. 3.

III. Begriff der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand.

Gewiſſen Staatsbehörden iſt das beſondere Recht der Gnadenerweiſung eingeräumt, aus beſtimmten Billigkeitsgründen, beſtehende rechtliche Verhältniſſe, welche nachtheilig für Jemanden ſind, zum Beſten des Schaden Leidenden wieder aufheben, namentlich Verbindlichkeiten umſtoßen und erloſchene Rechte herſtellen zu dürfen. Die vermöge dieſer eigenthümlichen obrigkeitlichen Gewalt gewährte Herſtellung eines früheren Rechtszuſtandes iſt es, welche man die **Prätoriſche Wiedereinſetzung in den vorigen Stand** zu nennen pflegt und welche in den Quellen vorzugsweiſe in integrum restitutio heißt, ein Sprachgebrauch, der in dem Folgenden auch beibehalten werden ſoll. Von der Begnadigung und Abolition in Criminalfällen unterſcheidet ſich dieſe Reſtitution, durch den viel weiteren Kreis ihrer Anwendung, indem ſie faſt in allen erdenkbaren rechtlichen Verhältniſſen vorkommen kann, durch ihre feſtere Theorie in Betreff der Bedingungen und Wirkungen, ſo wie dadurch, daß ſie kein ausſchließliches Reſervatrecht der geſetzgebenden Gewalt iſt, auch niemals ungeſucht ertheilt wird; von den übrigen Reſtitutionsarten aber weicht ſie darin ab, daß ſie weder von ſelbſt eintritt, noch als ein Recht in Anſpruch ge-

nommen werden kann, ſondern nur als Bewilligung einer Gnade, einer Vergünſtigung, erſcheint.

Die vollſtändige Rechtfertigung des hier aufgeſtellten Begriffs kann natürlich nur das Ergebniß der ganzen folgenden Ausführung ſeyn. Nur die Behauptung, daß die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand eine Gnadenbewilligung ſey, muß jetzt ſogleich begründet werden, weil wir davon häufig bei den ſpäteren Unterſuchungen auszugehen haben, und weil doch nicht Alle dieſe Anſicht theilen, vielmehr gewöhnlich die Prätoriſche Reſtitution, als restitutio ex capite *iustitiae*, der Begnadigung, als der restitutio ex capite *gratiae*, entgegengeſetzt wird. Zuvor iſt jedoch etwas näher zu entwickeln, in welchem Sinne jene Behauptung genommen werden muß.

In allen, in der Einleitung angegebenen Fällen, in welchen ein Recht auf Reſtitution Statt findet, beſteht das Geſchäft der Obrigkeit bloß in der richterlichen Function, das Vorhandenſeyn der geſetzlichen Bedingungen und Vorausſetzungen jenes Rechts zu prüfen und darüber zu entſcheiden; keineswegs aber kann, wenn dieſe Vorausſetzungen als in concreto begründet anerkannt werden müſſen, dennoch die Reſtitution vom Richter verweigert werden. In einigen dieſer Fälle iſt freilich auch dem richterlichen Ermeſſen noch ein kleiner Spielraum geblieben, beſonders bei den Reſtitutionsklagen, welche actiones arbitrariae ſind.

Allein dies Ermeſſen iſt hier doch etwas Untergeordnetes; es beruht nur darauf, daß es theils nicht möglich, theils ſogar nicht immer zweckmäßig iſt, die Bedingungen und den Umfang eines Anſpruchs ſtets nach allen Seiten hin ſo genau abzugrenzen, daß gar nichts weiter als ein einfacher logiſcher Schluß zur Bildung des Urtheils darüber erforderlich wäre; niemals dagegen iſt es hier Zweck, das Recht an ſich vom richterlichen Gutbefinden abhängig zu machen.

Ganz anders verhält es ſich im Gegentheil bei der Prätoriſchen Reſtitution. Hier iſt das obrigkeitliche Ermeſſen gerade etwas Weſentliches und Characteriſtiſches. Den zu dieſer Reſtitution ermächtigten Behörden iſt das Recht zu reſtituiren geſtattet, ſo ferne gewiſſe Bedingungen vorhanden ſind, aber Niemand hat darum, auch bei der Exiſtenz aller dieſer Erforderniſſe, ein Recht im juriſtiſchen Sinne des Worts, auf dieſem Wege Reſtitution zu erlangen, und ſo iſt es zu verſtehen, wenn die Prätoriſche Reſtitution vorhin eine Gnadenſache genannt worden iſt. Damit ſoll nicht geleugnet werden, daß es die moraliſche, ja ſogar die Amtspflicht der Obrigkeit ſey, wo ſie ſich von der Billigkeit einer geſuchten Wiedereinſetzung in den vorigen Stand überzeugt hat, dieſe zu bewilligen, und daher iſt auch Appellation gegen die Verſagung erlaubt [1]; aber ſo wenig ein Verurtheilter je ein Recht auf Begnadigung

1) l. 1. C. si saepius in integr. rest. post. (2, 44).

hat, weil es die Pflicht der Regierung iſt, eine Strafe zu erlaſſen, wo die Anwendung derſelben als widerſinnig oder grauſam erſcheint, ſo wenig kann auch von einem wahren Recht auf Reſtitution die Rede ſeyn, ſo lange deren Ertheilung dem Gutbefinden der reſtituirenden Behörden anheimgeſtellt iſt.

Wenden wir uns jetzt zu den Beweiſen für die eben entwickelte Anſicht, ſo würde dieſe freilich am einfachſten dargethan werden, wenn ſich Definitionen der Prätoriſchen Reſtitution in den Quellen nachweiſen ließen, die weſentlich mit der aufgeſtellten Begriffsbeſtimmung zuſammenträfen. Wie gewöhnlich bei der Erforſchung Römiſcher Inſtitute, muß aber auch in dieſem Fall der Begriff aus einem reichhaltigen Detail abſtrahirt werden, indem wir uns vergebens nach genügenden Erklärungen des eigenthümlichen Weſens der Prätoriſchen Reſtitution in den Quellen umſehen. Zwar finden wir ein Paar beachtenswerthe Aeußerungen, bei welchen es auf eine Definition oder wenigſtens Beſchreibung der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand abgeſehen iſt; ſie ſind indeſſen viel zu ſchwankend und allgemein gefaßt, um das eigenthümliche Weſen dieſer Reſtitution klar und beſtimmt hervortreten zu laſſen. Dies ſpringt von ſelbſt in die Augen bei der Erklärung, welche Iſidor von Sevilla vielleicht irgend einem Römiſchen Juriſten abgeborgt hat:

„Integri restitutio est causae vel rei reparatio.

Causa redintegratur, quae vi potestatis expleta non est. Res redintegratur, quae vi potestatis ablata atque extorta est [2]."

Während der Anfang hier auf jede Art der Reſtitution paßt, ſollte man nach der daran geknüpften Erläuterung faſt glauben, als ſey Zwang der einzige Reſtitutionsgrund, und nicht viel befriedigender iſt folgende Stelle von Paulus:

„§. 1. Integri restitutio est redintegrandae rei vel causae actio. §. 2. Integri restitutionem Praetor tribuit ex his causis, quae per metum, dolum et status permutationem, et iustum errorem, et absentiam necessariam, et infirmitatem aetatis gesta esse dicuntur. §. 3. Integri restitutio plus quam semel non est decernenda: ideoque causa cognita decernitur. §. 4. Integri restitutio aut in rem competit, aut in personam. In rem actio competit, ut res ipsa, de qua agitur, revocetur. In personam aut quadrupli poena intra annum, vel simpli post annum peti potest [3]."

2) Isidori Orig. V. c. 25.

3) Pauli S. R. I, 7. §. 1-4. Eine merkwürdige Paraphraſe dieſer Stelle findet man an einem Ort, wo man ſie nicht leicht ſucht, in den Capitularien Carls des Großen und Ludwigs des Frommen lib. VII. cap. 288. „Integra restitutio dicitur, si quando res quaelibet aut causa quae perierat, in priorem statum reparatur, vel id quod alicui sublatum est, reformatur; ita ut eorum causae vel res in integrum re-

Digitized by Google

Nur wenn man actio im weiteſten Sinn nimmt und den Ausdruck hier bloß darauf bezieht, daß auch die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand einen Antrag und eine ſummariſche Verhandlung vorausſetzt [4]), läßt es ſich einigermaßen rechtfertigen, daß Paulus die integri restitutio eine actio nennt; aber der §. 4. der Stelle iſt ſehr geeignet, zu der Meinung zu verleiten, als wenn actio hier überhaupt in gewöhnlicher Bedeutung gebraucht ſey. Doch iſt dies nicht die Schuld von Paulus, der unmöglich auf eine ſo verworrene Weiſe die actio quod metus causa mit der in integrum restitutio s. str. und den Gegenſatz von restitutio in rem und in personam mit der Unterſcheidung von actiones in rem und in personam zuſammengemengt haben kann. Entweder hat hier die verſtümmelnde Hand der Weſtgothen Spuren hinterlaſſen, oder es iſt gar erſt im Mittelalter der ganze §. 4. an die Stelle

vocentur, qui aut per timorem, aut fraude vel errore decepti sunt, aut per captivitatem vel quamcunque iniustam necessitatem, substantiam suam aut statum ingenuitatis perdidisse noscuntur, aut si qui pro necessitate longae peregrinationis absentant, vel restauranda ea quae in damnis minorum gesta esse probantur." cap. 289. „Quotiens de revocanda re vel causa integrae restitutionis beneficium petitur, aut in rem aut in personam agendum est, ut res ipsa quae sublata est, recipiatur. Et cum in personam actio coeperit intendi, is qui rem indebite abstulisse convincitur, id quod sublatum est intra annum in quadruplum reformet; post annum vero in duplum reddendum est."

4) M. ſ. unten §. 23.

von Paulus angehängt worden, welches Letztere das Wahrſcheinlichſte iſt, weil der § in mehreren Handſchriften und Ausgaben ganz fehlt [5]), und weil eine ſo nahe Verwandtſchaft zwiſchen dieſem § und einigen Stellen in Pandecten und Codex [6]) Statt findet, daß man in dieſen Stellen nicht füglich die, freilich ſehr verdrehte Quelle jenes § verkennen kann.

Müſſen wir aber auch darauf verzichten, den aufgeſtellten Begriff der Prätoriſchen Reſtitution durch entſprechende Definitionen der Alten zu unterſtützen, ſo fehlt es doch nicht an anderen hinreichenden Beweiſen.

1. Zunächſt gehört dahin die vorkommende Bemerkung, daß es ganz vom arbitrium praetoris abhänge, in wie ferne er die Ertheilung der Reſtitution angemeſſen finde [7]), womit wiederum die Warnung oder Ermahnung in Verbindung ſteht, welche wiederholt den Beamten eingeſchärft wird, nicht zu verſchwenderiſch mit der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand umzugehen [8]). Jene Bemerkung wäre ganz falſch und dieſe Warnung höchſt überflüſſig, wenn bei der Reſtitution, wie im gewöhnlichen Proceß, nur über die Bedingun-

5) Im Ius civ. Anteiust. iſt bemerkt: „Deest §. 4. Sav. Goth. Mou. ed. Bouch."

6) l. 9. §. 4 u. 6. D. quod met. causa (4, 2), l. 3. l. 4. C. de his quae vi (2, 20).

7) l. 16. D. ex quib. caus. mai. (4, 6), l. 24. §. 5. D. de minor. (4, 4).

8) l. 4. l. 7. pr. D. de in integr. rest. (4, 1), l. 24. §. 1 u. 2. D. de minor. (4, 4), l. 15. §. 3. D. ex quibus causis maiores (4, 6).

gen eines Rechts zu entſcheiden wäre, und beide erhalten daher nur durch die Annahme, daß es kein vollkommenes Recht auf Reſtitution gebe, eine angemeſſene Bedeutung.

2. Ein nicht minder gültiger Beweis geht ferner daraus hervor, daß die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand nicht immer im größtmöglichen Umfange zu geſchehen braucht. Es iſt im Allgemeinen der Obrigkeit überlaſſen, ob ſie den Verletzten völlig wieder in ſeine frühere Lage verſetzen, oder ihm nur theilweiſe helfen will, worüber bei Abhandlung der Wirkungen der Reſtitution das Nähere vorkommen wird [9]). Solche Freiheit der reſtituirenden Behörde verträgt ſich aber nicht mit einem feſten Recht des Hülfe Suchenden, ſondern weiſt uns wieder darauf hin, die Hülfe hier mehr als eine Gnade des Helfenden zu betrachten.

3. Eben dies thun auch die Ausdrücke, durch welche in den Quellen die Function der Obrigkeit beim Reſtituiren bezeichnet wird. Höchſt ſelten iſt in Beziehung auf die Prätoriſche Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, von einem sententiam ferre oder iudicare, den für das gewöhnliche Urtheilſprechen im Proceß gebräuchlichen Terminologieen, die Rede; ſondern, wo nicht ſchlechtweg in integrum restituere geſagt wird, da heißt es: magistratus intervenit, subvenit, succurrit, auxilium praebet, se interponit, oder: in-

9) M. ſ. unten §. 29.

dulgetur, impertitur, conceditur, decernitur, tribuitur, impetratur, largitur in integrum restitutio s. beneficium restitutionis; lauter Ausdrücke, die beſſer zu einer Wohlthat paſſen, als zur bloßen richterlichen Anerkennung eines vorhandenen Rechts.

4) Daſſelbe gilt von der Art und Weiſe, wie die Reſtitution Minderjähriger, alſo gerade die Normalreſtitution im Prätoriſchen Edict verheißen iſt:

„Quod cum minore quam viginti quinque annorum gestum esse dicetur, uti quaeque res erit animadvertam [10].“

Der Ausdruck wäre hier außerordentlich ſchlecht gewählt, wenn es die Abſicht des Prätors geweſen wäre, einen beſtimmten Anſpruch auf ſeine Hülfe zuzuſichern. Nur zuſehen will der Prätor, wie ſich die Sache verhält, um den Umſtänden nach zu beurtheilen, in wie ferne es angemeſſen ſey, einzuſchreiten oder nicht, und er behält ſich alſo ganz freie Hand in Rückſicht der Bewilligung oder Verweigerung der erbetenen Reſtitution vor.

5. Ganz entſcheidend iſt endlich der Satz, daß die Befugniß zur Ertheilung der Reſtitution nicht ſowohl

10) l. 1. §. 1. D. de minor. (4, 4). Eine Parallelſtelle glaubt Noodt Comm. IV, 4. §. 12. in l. 1. pr. D. de aleator. (11, 5) zu finden, wo freilich auch ſteht: „uti quaeque res erit animadvertam,“ aber das animadvertere auf Beſtrafung geht, alſo nur eine ſcheinbare Aehnlichkeit obwaltet. Doch findet hier in ſo ferne eine beachtenswerthe Analogie Statt, als auch der Ausdruck in der letzteren Stelle eine arbitraire Gewalt des Prätors reſerviren ſoll.

ein Ausfluß der iurisdictio, als des imperium magistratuum ſey, ein Satz, der nur durch die hier vertheidigte Anſicht von der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand ſeine rechte Würdigung erhält. Bei der unleugbar nahen Verwandtſchaft, die das Reſtituiren mit der Rechtspflege hat, kann es freilich nicht auffallen, wenn ein Paar Mal der Ausdruck: „Praetor ex officio iurisdictionis suae subvenit," in Beziehung auf dieſe außerordentliche Hülfe gebraucht wird [11]) und wenn ſpätere Kaiſer, zu deren Zeit überhaupt die alte Sonderung der verſchiedenen Gewaltszweige der Beamten nicht mehr ſo ſtrenge beachtet ward wie früher, von der Reſtitutionsbefugniß als einem mit der Gerichtsbarkeit verknüpften Recht reden [12]). Daß aber dies doch nur Ungenauigkeiten ſind, geht aus folgender Stelle hervor:

„Paulus *libro I. ad Edictum.* Ea quae magis imperii sunt quam iurisdictionis, magistratus municipalis facere non potest. Magistratibus municipalibus non permittitur in integrum restituere, aut bona rei servandae causa iubere possidere, aut dotis servandae causa, vel legatorum servandorum causa [13])."

11) l. 1. §. 10. D. de postulando (3, 1), l. 16. §. 5. D. de minor. (4, 4).

12) l. 1. C. de offic. praetoris (1, 39), l. 1. C. si minor se maiorem dix. (2, 43), l. 3. C. ubi et apud quem (2, 47), l. 2. C. de rest. mil. (2, 51).

13) l. 26. D. ad municipalem (50, 1).

Ausdrücklich wird hier zwar nicht geſagt, daß die zu Anfang der Stelle gegebene Regel den Grund enthalte, weshalb die Municipalobrigkeiten nicht Reſtitution ertheilen durften; allein die Zuſammenſtellung der Reſtitution mit der missio in possessionem, von der es auch anderswo bezeugt wird, daß ſie „magis imperii quam iurisdictionis" ſey [14]), läßt keinen gerechten Zweifel über den wahren Grund der Beſchränkung der Municipalobrigkeiten in Betreff des Reſtituirens zu. Wäre nun aber bei der Reſtitution, gleich wie bei ordentlichen Klagen und Einreden, bloß über das Vorhandenſeyn der rechtlichen Erforderniſſe zu entſcheiden, ſo würden die Römer unfehlbar auch von jeher die Reſtitutionsbefugniß zur Gerichtsbarkeit oder richterlichen Gewalt, der iurisdictio, und nicht zur Regierungsgewalt, dem imperium, gezählt haben; wenigſtens ſähe man gar keine Veranlaſſung zu einem entgegengeſetzten Verfahren. Es muß demnach jene Befugniß, da ſie von der iurisdictio getrennt wird, anderer Art ſeyn, als die eigentliche Rechtspflege, und fragen wir nun weiter, wie wir uns den Unterſchied zu denken haben? ſo können wir denſelben nicht füglich in etwas Anderes ſetzen, als darin, daß beim Reſtituiren die Obrigkeit nicht ſowohl Rechte anerkennt und ſchützt, als darüber disponirt, alſo dem, zu deſſen Gunſten eine

14) l. 4. D. de iurisdict. (2, 1).

ſolche Diſpoſition erfolgt, keine Handlung der bloßen Juſtiz, ſondern der Gnade widerfahren läßt.

Dies ſind die Hauptgründe, welche ſich vorlegen laſſen. Es giebt indeſſen noch einen Grund, und zwar einen der ſtärkſten, auf welchen aber nur hingewieſen werden kann, ohne daß es möglich wäre, ihn unmittelbar anſchaulich zu machen, nämlich der Totaleindruck, welchen man durch das Studium der Quellen erhält. Wer die Quellen unſerer Lehre durchlieſt, den muß die Art und Weiſe, wie von dem Reſtituiren geſprochen wird, und die ganze Behandlung der vorkommenden Fälle davon überzeugen, daß die Römer wirklich die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand als eine Gnadenſache betrachteten. Zuweilen, obſchon ſelten, kommen zwar Wendungen, wie: in integrum restitutio *iure* desideratur u. dgl., vor [15]; dieſe gehen aber ſtets nur darauf, daß die Bedingungen der Reſtitution in concreto vorhanden ſind. Verſetzt man ſich auch in die Zeit, in welche der Urſprung der Prätoriſchen Reſtitution hineinfällt, d. h. in das ſechſte Jahrhundert Roms, wo die Republik in der Blüthe ihrer Kraft und ihres Glanzes ſtand, und macht man ſich zugleich klar, was das imperium der damals oft gleich Königen gebietenden Römiſchen Magiſtrate bedeutete, ſo verſchwindet auch das Befremdende, welches es im

15) Z. B. in l. 34. §. 1. l. 24. §. 2. D. de minor. (4, 4).

erſten Augenblick hat, von einem den Beamten zuſtehenden Recht der Gnadenerweiſung zu reden. Allerdings mag es etwas ſeltſam erſcheinen, wenn unſere Unterrichter ſich in dieſer Beziehung auf den curuliſchen Seſſel eines Römiſchen Prätors oder Proconſuls [16]) niederlaſſen; aber dieſen Abglanz der maiestas praetoria haben ſie ein Mal mit dem Römiſchen Recht geerbt. Doch verdient es Billigung, wenn einzelne Particularrechte die Reſtitutionsbefugniß wieder auf die höheren Behörden beſchränkt haben.

Durch dieſe Ausführung iſt hoffentlich ein Punkt genügend feſtgeſtellt, der allein den Schlüſſel zur Erklärung mancher Sätze über die Prätoriſche Reſtitution an die Hand giebt, aber dadurch auch rückwärts mehrfach beſtätigt wird, und wir können uns daher jetzt zu den Bedingungen der Reſtitution wenden, durch welche die hier bewieſene Freiheit der reſtituirenden Behörden wiederum eine im Ganzen gewiß wohlthätige Beſchränkung erleidet.

16) Die Statthalter hatten natürlich die Reſtitutionsbefugniß in den Provinzen; auch haben ſich Spuren genug davon erhalten, daß die Prätoriſchen Edicte über die Reſtitution in die edicta provincialia übertragen wurden.

§. 4.

IV. Bedingungen der Reſtitution: 1) Ueberſicht.

Die Bedingungen der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand ſind theils ſolche, welche von ſelbſt aus dem Grunde und Zweck dieſer außerordentlichen Hülfe hervorgehen, theils ſolche, welche poſitiv aus verſchiedenen Gründen vorgeſchrieben ſind, vorzüglich um einigermaßen dem Mißbrauch vorzubeugen, dem die obrigkeitliche Reſtitutionsbefugniß zur Kränkung wohlbegründeter Rechte ausgeſetzt iſt, und es giebt dieſer Bedingungen drei:

1. Eine erweisliche Läſion;
2. ein an ſich zur Reſtitution geeigneter, auch nicht ausdrücklich davon ausgeſchloſſener Fall; und
3. das Vorhandenſeyn eines geſetzlich oder gewohnheitsrechtlich anerkannten Billigkeitsgrundes für die Aufhebung der Läſion, iusta causa restitutionis, welcher Billigkeitsgründe ſechs vorkommen [1]): A. Minderjährigkeit mit einigen analogen Ausdehnungen; B. Zwang; C. Betrug; D. Irrthum; E. Capitis deminutio, und F. ein Grund, der ſehr häufig als Abweſenheit bezeichnet wird, worunter aber eigentlich jedes entſchuldbare

1) l. 1 u. 2. D. de in integr. rest. (4, 1), Pauli S. R. 1, 7. §. 2.

äußere Hinderniß an der Wahrnahme oder Geltendmachung von Rechten begriffen iſt.

Im weiteren Sinn kann man auch noch zu den Bedingungen zählen, daß die Reſtitution erbeten und zwar auch zur rechten Zeit nachgeſucht, daß ſie von der competenten Behörde ertheilt, daß dabei das gehörige Verfahren beobachtet, und daß die Verhandlung darüber unter den wirklich beikommenden Partheien vorgenommen werden muß. Doch werden dieſe äußeren Erforderniſſe paſſender unter anderen Geſichtspunkten abgehandelt; obgleich am Ende nicht gar viel darauf ankommt, ob man dieſelben zu den Bedingungen ſtellt, oder davon trennt, daher die abweichende Anordnung Anderer auch keineswegs getadelt werden ſoll. Entſchieden zu verwerfen iſt dagegen eine andere Abweichung von der hier gegebenen Ueberſicht der Reſtitutionsbedingungen. Nach einer ſehr verbreiteten Meinung ſoll nämlich in einer den Beſtimmungen des Prätoriſchen Edicts über die Reſtitution angehängten allgemeinen Clauſel [2]) ausgeſprochen ſeyn, daß die Zahl der iustae causae restitutionis nicht geſchloſſen ſey, und es ſoll demnach die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand nicht bloß ex causa lege expressa, wie Minderjährigkeit, Abweſenheit u. ſ. w., ſondern auch ex clausula generali, d. h. mit anderen Worten: auch aus ſonſtigen Billigkeitsgründen,

2) Befindlich in l. 1. § 1. D. ex quib. caus. mai. (4, 6).

geſchehen können. Daß dieſe Anſicht zu weit gehe, und jene Clauſel eine beſchränktere Beziehung habe, läßt ſich aufs Bündigſte darthun. Allein dieſe Erörterung kann erſt weiterhin (§. 12) ihren geeigneten Platz finden. Auf einen Umſtand indeſſen, der einen nicht geringen Antheil an jener unbegründeten Theorie hat, muß ſchon an dieſem Ort aufmerkſam gemacht werden.

Auch die Römiſchen Kaiſer ertheilten Reſtitution, und es kann natürlich nicht ſehr befremden, wenn ſie ſich dabei nicht immer gar zu ſtreng an die Bedingungen banden, durch welche der Willkür der Beamten Schranken geſetzt ſind. Wir beſitzen dafür zahlreiche Belege. Es iſt einer der feſteſten Grundſätze des Römiſchen Rechts, daß eine ein Mal abgeſchlagene Reſtitution, ohne neue Gründe hinterher nicht wieder bewilligt werden darf [3]). Dennoch finden wir, daß ein Kaiſer ſich ein Mal darüber hinweggeſetzt habe [4]). Ein anderes Beiſpiel gewährt die Reſtitution gegen die Freilaſſung eines Sklaven. Dieſe iſt durchaus unzuläſſig [5]). Vom Kaiſer, heißt es jedoch, könne man allenfalls auch gegen eine Manumiſſion Wiedereinſetzung in den vorigen Stand erhalten [6]). Sicherlich

3) M. ſ. unten §. 10. No. II.

4) l. 38. pr. D. de minor. (4, 4).

5) M. ſ. unten §. 10. No. XII.

6) l. 9. §. 6. D. eod. „Adversus libertatem quoque minori subveniri impossibile est.“ l. 10. D. eod. „Nisi ex magna causa hoc a principe fuerit consequutus.“ Vergl. auch l. 11. §. 2. D. eod.

iſt es Juſtinian und ſeinen Compilatoren, indem ſie Stellen, welche dieſe und ähnliche Unregelmäßigkeiten enthalten, in die Pandecten oder den Codex aufgenommen haben, nicht entfernt in den Sinn gekommen, dadurch den Beamten gleiche Freiheit mit dem Kaiſer geſtatten zu wollen. In der Litteratur unſerer Lehre werden indeſſen ſolche Stellen häufig ſo benutzt, als enthielten ſie gar keine Anomalien, ſondern als zeigten ſie vielmehr nur, in welchem weiten Umfange ein Richter ex clausula generali reſtituiren könne, was handgreiflich ein unkritiſches Verfahren iſt. Mag immerhin die Anſicht Juſtinians und ſeiner Geſetzgebungscommiſſion über den praktiſchen Werth und Gehalt der von ihnen zuſammengetragenen Materialien, bei der Art und Weiſe, wie das Römiſche Recht Gültigkeit in Deutſchland erlangt hat, keine bindende Kraft für uns haben; es bleibt darum nicht weniger verkehrt und widerſinnig, die in einem recipirten Recht vorkommenden Beiſpiele von Regentenwillkür und Regentengnade als Regulative für das Verhalten eines bloßen Beamten zu behandeln. Man könnte ſonſt dahin kommen, und müßte es folgerichtig, überall, wo das Römiſche Recht ein rescriptum principis fordert, wie bei der Arrogation, der Legitimation und der Ertheilung der venia aetatis, heutzutage ein rescriptum iudicis für hinreichend zu erklären. Deswegen iſt große Vorſicht anzuwenden, wenn man aus den in

den Quellen erwähnten Beiſpielen Kaiſerlicher Reſtitutionen allgemeingültige Sätze ableiten will. In manchen dieſer Fälle iſt freilich die Perſon des Kaiſers augenſcheinlich nichts Weſentliches, und aus dieſen dürfen wir daher, wie aus anderen Präjudicaten, Regeln bilden. Wo es aber gerade als etwas Beſonderes hervorgehoben wird, daß nur der Kaiſer ſo und ſo zu Werke gehen könne, oder gegangen ſey, da ſind wir auch nach richtigen Auslegungsgrundſätzen genöthigt, die Regel: **ius singulare non est producendum ad** consequentias 7), zu beobachten und jene freien Ausflüſſe Kaiſerlicher Machtvollkommenheit und Gnade als Abnormitäten, die höchſtens der Regent wieder nachahmen darf, ſtehen zu laſſen. Es müßte ſich denn nachweiſen laſſen, daß willkürliche Reſcripte wirklich die Veranlaſſung einer feſten Praxis bei den Römern geworden wären; wovon allerdings Beiſpiele vorkommen.

Mit den Bedingungen der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand ſteht übrigens die bei einigen Rechtslehrern vorkommende Unterſcheidung von restitutio de iure und de facto in Verbindung, indem man unter erſterer eine in Folge aller geſetzlichen Bedingungen, unter letzterer dagegen eine ganz willkürlich ertheilte Reſtitution verſteht.

7) l. 14. D. de legib. (1, 3).

§. 5.

2) Einzelne Bedingungen: A. Eine Läſion.

a) Allgemeine Grundſätze darüber.

Die erſte Bedingung, mit der wir uns zu beſchäftigen haben, iſt eine von denen, welche unmittelbar aus dem Zweck der Reſtitution fließen. Indem die Reſtitution beſtimmt iſt, Härten des Rechts in der einzelnen Anwendung den Forderungen der Billigkeit gemäß zu beſeitigen, von einer ſolchen Colliſion zwiſchen Recht und Billigkeit aber nur dann die Rede ſeyn kann, wenn die Vorſchriften des erſteren Nachtheile für Jemanden zur Folge gehabt haben, ſo ſtellt ſich das Vorhandenſeyn einer Läſion von ſelbſt als unumgängliches Erforderniß der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand dar. Von dieſem Erforderniß wird daher auch ſo unzweifelhaft und ſo allgemein in unſeren Quellen ausgegangen, daß es kaum nöthig iſt, einige von den zahlreichen dafür vorhandenen Beweisſtellen anzuführen [1]). Die üblichen Bezeichnun-

1) l. 1. §. 10. D. de postul. (3, 1), l. 3. §. 6. l. 6. l. 7. §. 3. l. 9. pr. §. 1. l. 11. §. 3. l. 24. §. 1. l. 44. l. 49. D. de minor. (4, 4), l. 18. l. 46. D. ex quib. caus. mai. (4, 6), l. 9. §. 4. D. de iureiur. (12, 2), l. 57. §. 1. D. de adq. vel omitt. hered. (29, 2), l. 14. C. de procur. (2, 13), l. 5. pr. C. de in integr. rest. min. (2, 22), l. un. C. si adv. dotem (2, 34), l. 1. C. de tempor. in integr. rest. (2, 53), l. 2. C. de praed. et al. reb. min. (5, 7), Nov.

gen dieſer Bedingung ſind, daß man laesus, captus, deceptus, circumventus, circumscriptus oder damnum passus ſeyn müſſe, um Reſtitution erhalten zu können, wobei aber keineswegs gerade an Betrug, wie man dies nach einigen jener Ausdrücke vermuthen könnte, zu denken iſt.

Es genügt indeſſen, daß der Schaden für die Zukunft rechtlich begründet iſt, alſo, ohne Bewilligung der Reſtitution, nothwendig erfolgen müßte. Daher kann man z. B. gegen nachtheilige und unbillige Verbindlichkeiten nicht erſt wenn ſie erfüllt worden ſind, ſondern auch vorher Wiedereinſetzung in den vorigen Stand erlangen, obgleich factiſch der Schaden erſt von der Erfüllung der Verbindlichkeit an empfunden wird. Weſentlich iſt dagegen, daß der Reſtitution Suchende die Verletzung, ſey es nun als ſchon eingetreten, oder als rechtlich bevorſtehend, erweiſt, indem nicht, auf die bloße Behauptung einer erlittenen Läſion hin, beſtehende Rechtsverhältniſſe umgeſtoßen werden dürfen [2]. Einige haben jedoch in folgendem Reſcript eine Ausnahme zu finden geglaubt:

„*Imperator Antoninus Pius A. Prunico.* Cum

1. c. 4. §. 1, cap. 8. X. de in integr. rest. (1, 41), Clem. un. de rest. in integr. (1, 11).

2) l. 7. §. 3 u. 8. l. 11. §. 3. l. 35. l. 44. D. de minor. (4, 4), l. 9. §. 4. D. de iure-iur. (12, 2), l. 5. pr. C. de in integr. rest. min. (2, 22). l. 1. C. si adv. vend. pign. (2, 29), l. 2. C. de praed. et al. reb. min. (5, 71).

et ipse profitearis, cum Zenodora minore viginti quinque annis te contraxisse, nec doceri potuisse Praetorem virum clarissimum, ex eo contractu locupletiorem eam esse factam, intelligis eam merito in integrum restitutam [3]."

Die Stelle bezieht ſich auf einen merkwürdigen Grundſatz des Römiſchen Rechts, nämlich daß Minderjährige bei Verträgen ſchon als verletzt gelten und Reſtitution bekommen können, wenn ſie das vermöge des Vertrages Empfangene, z. B. das Kaufgeld oder das ihnen geliehene Geld, in jugendlicher Unbeſonnenheit verſchleudert, oder auf andere Weiſe eingebüßt haben, alſo aus einem Vertrage haften ſollen, der ihnen keinen reellen Nutzen gebracht hat [4]; denn der in unſerer Stelle gebrauchte Ausdruck: locupletiorem fieri, bedeutet hier nicht eine eigentliche Bereicherung, ſondern nur ſo viel als versio in rem, wirklich nützliche Verwendung [5], wie dies oftmals der Fall iſt [6]. Nun aber ſcheint Antoninus Pius davon auszugehen, daß der Creditor die versio in rem gegen den Minderjährigen, dieſer alſo nicht den nutzloſen Verluſt

3) l. 1. C. si advers. cred. (2, 38).

4) l. 24. §. 4. l. 27. §. 1. D. de minor. (4, 4), l. 32. §. 4. D. de admin. tut. (26, 7), l. 2. C. si adv. cred. (2, 38).

5) Ant. Perez ad Cod. ad l. 1. C. cit.

6) l. 34. pr. D. de minor. (4, 4), l. 13. §. 1. D. de cond. indeb. (12, 6), l. 3. §. 12. D. de pecul. (15, 1), l. 13. §. 7. D. de act. empt. vend. (19, 1), l. 4. §. 4 u. 23. D. de doli exc. (44, 4), l. 66. D. de solut. (46, 3).

des Empfangenen darzuthun habe, und wirklich iſt jenes Reſcript von Mehreren ſo verſtanden worden [7]). Es iſt indeſſen durchaus unnöthig, mehr als eine Anſpielung auf den möglichen Gegenbeweis in die Stelle hineinzulegen. Denn hatte Zenodora bewieſen, daß es an der versio in rem fehle, und Prunicus nicht verſucht oder vermocht, dieſen Beweis zu entkräften, ſo konnte ſich Antonin ſehr paſſend der Wendung gegen Prunicus bedienen:

> Haſt Du nicht zeigen können, daß Deine Gegnerin Nutzen aus dem Vertrage gehabt habe, ſo wirſt Du ſelbſt einſehen, daß dieſelbe mit Recht in den vorigen Stand geſetzt worden ſey,

ohne damit die natürlichen Regeln über die Beweislaſt auf den Kopf zu ſtellen; und ſobald die Möglichkeit dieſer Erklärung zugegeben werden muß, bedarf es auch keiner weitläufigen Ausführung, um zu zeigen, daß dieſe Deutung allein haltbar ſeyn könne, indem es eine bekannte Interpretationsregel iſt, daß unbeſtimmt und zweideutig lautende Reſcripte immer in dem Sinn zu verſtehen ſind, welcher allgemeinen Grundſätzen nicht widerſtreitet, ſo ferne ſich nur Fälle denken laſſen, in welchen in Uebereinſtimmung mit dieſen Grundſätzen, ſo wie geſchehen, reſcribirt werden konnte [8]).

7) Namentlich von Brunnemann und Wiſſenbach ad Cod. ad leg. 1. cit.

8) Thibaut Theorie der logiſchen Auslegung §. 38.

Noch ſind aber mehrere Fragen in Rückſicht der zur Reſtitution erforderlichen Verletzung zu erörtern, deren Beantwortung eine ziemlich umſtändliche Unterſuchung erfordert. Dieſe Fragen ſind: in wie fern auch ein lucrum cessans die Reſtitution begründen kann, ſo wie ein Nachtheil, welcher nicht das Vermögen betrifft; endlich, ob nothwendig ein beträchtlicher Schaden vorausgeſetzt wird, oder ob auch eine geringfügige Verletzung hinreicht? Um aber die Ueberſicht zu erleichtern, ſoll jede dieſer Fragen in einem beſonderen Paragraphen behandelt werden.

§. 6.

b. Beſondere Arten der Verletzung:

α. Lucrum cessans.

Poſitive Verluſte treffen im Ganzen drückender und werden ſchmerzlicher empfunden, als bloß negative Schäden durch die Einbuße eines Gewinns, weil bei den letzteren viel eher die Rückſicht eintritt, daß der Vortheil vielleicht auch ohnehin entgangen ſeyn könnte; auch die mannigfachen zarten Faſern der Gewöhnung, die uns an das bereits Beſeſſene zu knüpfen pflegen, bei dem erſt zu Erwerbenden in der Regel nicht Statt finden können. Man entbehrt hier unmittelbar nichts, und daraus erklärt ſich denn ſehr leicht, warum nicht

überall, wo von Schaden und Schadenserſatz die Rede iſt, auch das lucrum cessans berückſichtigt wird [1]). Eben daher dringt ſich aber die Frage von ſelbſt auf, ob es bei einem ſo außerordentlichen Rechtsmittel, wie die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, ſchon als eine hinreichende Läſion anzuſehen ſey, wenn man nur um einen zu machenden Gewinn gekommen iſt? Abgeſehen von den Quellen, könnte man ſich wohl verſucht fühlen, dieſe Frage zu verneinen, weil nach dem eben Bemerkten, bei verlornen Vortheilen, im Allgemeinen die Billigkeit wenigſtens nicht in demſelben Maaße einer Abweichung vom ſtrengen Recht das Wort reden kann, als bei Verletzungen in Rückſicht unſerer ſchon vorhandenen Rechte und Rechtsverhältniſſe. Wirklich iſt nun auch anfangs um eines lucrum cessans Willen keine Reſtitution ertheilt worden. Indeſſen finden wir ſchon bei den klaſſiſchen Juriſten das entgegengeſetzte Princip. Dies wird in Anſehung der Reſtitution Minderjähriger durch eine Menge von Stellen bezeugt [2]). Wiewohl es aber dabei heißt:

1) Beiſpiele gewähren l. 2. §. 4. D. de leg. Rhod. de iactu (14, 2), l. 19. D. de peric. et comm. (18, 6), l. 21. §. 3. D. de act. empti vend. (19, 1) und der bekannte Grundſatz: Error iuris non nocet damnum vitantibus, sed acquirere volentibus.

2) l. 7. §. 6 u. 8. l. 11. pr. l. 35. l. 44. D. de minor. (4, 4), l. 17. §. 3. D. de usur. (22, 1), l. 1. l. 2. C. si ut omiss. hered. (2, 40), l. 8. §. 6. C. de bon. quae lib. (6, 61).

Digitized by Google

„Hodie certo iure utimur, ut et in lucro *minoribus* succurratur [3]);"

ſo dürfen wir hier doch nicht an ein beſonderes Recht Minderjähriger denken; dem ſtände folgende Stelle entgegen:

„Paulus *libro XII ad Edictum.* Et sive quid amiserit, sive *lucratus non sit*, restitutio facienda est, etiam si non ex bonis quid amissum sit [4])."

Genannt wird hier freilich Niemand; allein aus dem Zuſammenhange, worin die Stelle ſteht, geht hervor, daß derjenige gemeint ſey, der durch Abweſenheit in Schaden gekommen iſt, und bei der Reſtitution wegen Abweſenheit iſt das Alter etwas Gleichgültiges. Außerdem fehlt es auch nicht an Beiſpielen der Reſtitution Volljähriger gegen die Einbuße eines Vortheils. Ein Hauptfall iſt namentlich die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand gegen die Ausſchlagung einer Erbſchaft, oder gegen die Verſäumung der rechtzeitigen agnitio bonorum possessionis, die jedem bewilligt werden darf [5]). Daß vorzugsweiſe von Minderjährigen in Beziehung auf Reſtitutionen dieſer Art geſprochen wird, dies erklärt ſich auch hinlänglich aus einem ge-

3) l. 7. §. 6. D. de minor. (4, 4).

4) l. 27. D. ex quib. caus. mai. (4, 6).

5) l. 17. D. eod., l. 6. C. de repud. hered. (6, 31).

ſchichtlichen Grunde. Erſt die Römiſche Praxis erhob das lucrum cessans zu einer die Reſtitution begründenden Verletzung, indem im Prätoriſchen Edict ſelbſt davon nichts vorkam, und zwar geſchah dies zuerſt bei Minderjährigen, denen man aber nachher in dieſer Hinſicht alle Anderen gleich ſtellte. Auf dieſen Zuſammenhang führt uns eine merkwürdige Stelle von Paulus:

„Paulus *libro singulari de usuris:* Si pupillo non habenti tutorem, fideicommissum solvi non potuit, non videri moram per heredem factam divus Pius rescripsit; ergo nec ei debetur, *qui quod reipublicae causa abſuit, vel ex alia iusta causa impeditus, ex qua restitutio indulgetur*, petere non potuit. Quid enim potest imputari ei, qui solvere, etiam si vellet, non potuit? Nec simile videri potest, *quod placuit minoribus etiam in his succurri, quae non adquisierunt;* usurae enim non propter lucrum petentium, sed propter moram non solventium infliguntur [6]."

„Placuit" iſt die bekannte Römiſche Redeform, um anzuzeigen, daß ein Satz der interpretatio prudentum ſeinen Urſprung verdanke, eine recepta sententia ſey, und hier wird alſo die Regel: minoribus etiam in his succurritur quae non acquisierunt, beſtimmt auf die Praxis zurückgeführt, womit auch das vorhin

6) l. 17. §. 3. D. de usur. (22, 1).

vorgekommene „hodie utimur" übereinſtimmt. Paulus leugnet nun aber, daß demjenigen, der verhindert geweſen ſey, die Erfüllung einer Forderung zur rechten Zeit anzunehmen, in dem Sinn Reſtitution gegen die Folgen ſeiner mora accipiendi ertheilt werden könne, daß ſein an dem Verzuge unſchuldiger Debitor für ſäumig erklärt, und daher zur Bezahlung von Verzugszinſen angehalten würde, indem der Verluſt von Verzugszinſen hier kein lucrum cessans ſey, weshalb keine Verwandtſchaft zwiſchen dieſem Fall und dem Grundſatz, daß Minderjährigen auch gegen negative Schäden geholfen werde, Statt finde. Offenbar wird dadurch zugleich angedeutet, daß, ſo fern in jenem Fall nur von einem wahren lucrum cessans die Rede wäre, dieſer Grundſatz wohl Anwendung leiden könnte; und beachtet man nun, daß Paulus gar nicht bloß von minderjährigen Creditoren, ſondern von allen redet, ſo wird der Schluß uns ſehr nahe gelegt, daß man die zuerſt für Minderjährige gebildete Regel, als ſie ein Mal da war, auch auf Andere bezog, wie dies dem Gange der Entwicklung der Römiſchen Reſtitutionstheorie vollkommen gemäß war, da die restitutio minorum, obgleich nicht die älteſte, den Römern als ein Normalfall diente, nach welchem man ſo weit möglich auch die aus anderen Billigkeitsgründen ertheilten Reſtitutionen formte und beurtheilte [7].

7) M. ſ. oben §. 2.

Wie es aber wenige Sätze des Römiſchen Rechts giebt, gegen die nicht irgend eines der bunten, von Juſtinian geſammelten Fragmente zu ſtreiten ſchiene, ſo gebricht es auch hier nicht an einigen Stellen, die als ſcheinbar widerſprechend nicht mit Stillſchweigen übergangen werden dürfen.

1. „Paulus *libro XII ad Edictum*. Sciendum est, quod in his casibus restitutionis auxilium maioribus damus, in quibus rei duntaxat persequendae gratia quaeruntur, non cum et lucri faciendi causa ex alterius poena vel damno auxilium sibi impertiri desiderant [8]."

2. „Papinianus *libro III quaestionum*. Denique si emptor priusquam per usum sibi acquireret, ab hostibus captus sit, placet interruptam possessionem postliminio non restitui, quia haec sine possessione non consistit, possessio autem plurimum facti habet, causa vero facti non continetur postliminio [9]."

3. „*Idem libro XIII quaestionum*. Nec utilem actionem ei tribui oportet, quum sit iniquissimum auferre domino, quod usus non abstulit, neque enim intelligitur amissum, quod ablatum alteri non est [10]."

Die erſte dieſer Stellen iſt ſehr leicht beſeitigt. Sie

8) l. 18. D. ex quib. caus. mai. (4, 6).

9) l. 19. D. eod.

10) l. 20. D. eod.

bezieht ſich nicht auf das lucrum cessans überhaupt, ſondern nur auf zwei beſtimmte Fälle: wenn man eine actio poenalis durch Verjährung oder Verzichtleiſtung u. ſ. w. verloren hat, und wenn man den Schaden eines Anderen begehrt, um einen Gewinn zu machen. Von den Ausnahmen nun, die dieſe beiden Fälle bilden, iſt die erſte rein poſitiv. Es gehört nämlich zu den speciellen Beſchränkungen der Reſtitution, daß dieſelbe niemals gegen den Verluſt von Poenalklagen gewährt werden ſoll [11]). Die andere Ausnahme dagegen fließt unmittelbar aus dem Weſen der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, da dieſe nicht die Billigkeit für ſich, ſondern vielmehr im höchſten Grade gegen ſich hat, ſobald der Reſtitution Suchende lediglich darauf ausgeht, ſich mit dem Schaden eines Anderen zu bereichern. Selbſt Minderjährigen iſt daher, wo ſie ein ſolches Unrecht bezwecken, die Reſtitution zu verſagen [12]). Wir brauchen uns auch nur deſſen zu erinnern, was vorhin über die Verzugszinſen vorgekommen iſt, wenn ein in mora accipiendi befindlicher Creditor durch Reſtitution die mora rückwärts auf ſeinen nicht ſäumigen Schuldner wälzen will, um es uns vollkommen anſchaulich zu machen, was es heißt: lucri faciendi causa ex alterius damno

11) M. ſ. unten §. 10. (4, 4), verglichen mit l. 11. No. VII. §. 7. D. eod.

12) l. 34. pr. D. de minor.

auxilium restitutionis desiderare, und ein anderes eben ſo eclatantes Beiſpiel werden wir gleich noch am Ende dieſes Paragraphen kennen lernen.

Der Inhalt der zweiten Stelle, die nur durch ihre Verbindung mit der dritten hier in Betracht kommt, gründet ſich auf die bekannten Sätze, daß kein Sklave des Beſitzes fähig iſt [13]), und daß die, welche ſich in feindlicher Gefangenſchaft befinden, als rechtloſe Sklaven gelten [14]). Indem nun durch das postliminium den Gefangenen zwar ihre früheren Rechte wiedergegeben werden, nicht aber bewirkt wird, daß ein factiſcher Zuſtand, wie der Beſitz, der wegen der Gefangenſchaft nicht Statt gefunden hat, als fortwährend vorhanden anzuſehen wäre [15]), ſo iſt es völlig conſequent, wenn Papinian leugnet, daß des postliminium die in der Gefangennehmung eines Beſitzenden liegende Unterbrechung des Beſitzes und der daran geknüpften Uſucapion ungeſchehen machen könne [16]).

13) l. 24. l. 30. §. 3. l. 49. §. 1. D. de adquir. poss. (41, 2), l. 118. D. de R. I. (50, 17).

14) Tit. Dig. de captivis (49, 15).

15) l. 12. §. 2. D. eod. „Facti autem causae infectae nulla constitutione fieri possunt; ideo eorum, quae usucapiebat per semetipsum possidens, qui postea captus est, interrumpitur usucapio, quia certum est, eum possidere desiisse" rel. l. 29. D. eod. „Si postliminio rediisti, nihil dum in hostium potestate fuisti, usucapere potuisti" rel. l. 23. §. 1. D. ex quib. caus. mai. (4, 6), l. 15. pr. l. 44. §. 7. D. de usurp. et usuc. (41, 3).

16) Cuiacii Quaest. Papin. lib. III. ad leg. 19. D. ex quib. caus. maiores.

Davon wird dann in der dritten Stelle die Anwendung auf die Reſtitution gemacht; denn während die durch das postliminium auflebenden Klagen den actionibus directis beigezählt werden [17]), heißen dagegen die Klagen, die man durch die Prätoriſche Reſtitution wiedererhält, actiones utiles [18]), und die Worte: „Nec utilem actionem ei tribui oportet," womit die letzte Stelle anhebt, haben daher den Sinn, daß der aus feindlicher Gefangenſchaft Zurückgekehrte nicht nur nicht geradezu die Sache vindiciren könne, welche er ohne die Gefangenſchaft uſucapirt haben würde, ſondern, daß ihm auch nicht durch Wiedereinſetzung in den vorigen Stand auf den Grund der Abweſenheit das Recht ertheilt werden könne, die Vindication utiliter anzuſtellen, als wenn er uſucapirt hätte. Auch die in integrum restitutio iſt nur beſtimmt, Rechte wiederzugeben und von Verbindlichkeiten zu befreien, nicht

17) l. 24. C. de rei vind. (3, 32), l. 6. C. quib. non obiic. longi temp. praescr. (7, 35), l. 18. C. de postlim. (8, 51).

18) M. ſ. unten §. 24. Note 2. Der Grund dieſes verſchiedenen Sprachgebrauchs liegt darin, daß das postliminium ſchon dem älteſten Römiſchen Recht bekannt war, hingegen die Zulaſſung verlorner Klagen durch die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand erſt ſpäter im Prätoriſchen Edict eingeführt iſt. Bekanntlich aber werden Klagen in einer neuen erweiterten Anwendung immer actiones utiles genannt, oder actiones ficitiae; Letzteres, wenn die neue Anwendung ſich auf eine Prätoriſche Fiction gründet, wie es z. B. bei der actio Publiciana der Fall iſt, da dieſe Klage ja nichts iſt, als eine auf einer Fiction beruhende utilis rei vindicatio.

aber factiſche Zuſtände zu negiren, und daher rückwärts einen Beſitz hervorzubringen, den man wirklich nicht gehabt hat. Darin liegt der Grund, weshalb dem aus der Gefangenſchaft Befreiten nicht gegen die durch ſeine temporaire Sklaverei eingetretene Unterbrechung der Uſucapion geholfen werden kann, keineswegs aber darin, daß er wegen eines lucrum cessans Reſtitution ſucht. Ja es kann Papinian ſogar nicht ein Mal an das lucrum cessans gedacht haben, da er von einem in Gefangenſchaft gerathenen Käufer ſpricht, der doch durch Uſucapion eigentlich keinen Gewinn macht, alſo auch, wenn dieſelbe geſtört wird, nicht ſowohl einen negativen, als einen poſitiven Schaden erleidet. Doch iſt dies an ſich ein unweſentlicher Umſtand. Denn ſpräche Papinian auch von einem Gefangenen, der pro donato beſeſſen hätte, ſo würde die Reſtitution darum nicht minder aus der angegebenen Urſache wegfallen müſſen, und es käme dann noch der Grund hinzu, daß die Reſtitution, aller Billigkeit zuwider, den Reſtituirten mit dem baaren Schaden des rechtmäßigen Eigenthümers bereichern würde. Ein wahrer Widerſpruch gegen die Regeln über die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand wegen entgangener Vortheile kommt demnach in den hier erklärten Stellen überall nicht vor.

§. 7.

a. Nachtheile, die nicht das Vermögen betreffen.

Wer aufmerkſam die Quellen unſerer Lehre durchgeht, dem muß es nothwendig auffallen, in den zahlreichen Stellen, welche näher oder entfernter von der bei der Reſtitution erforderlichen Verletzung handeln, oder Beiſpiele von Läſionen enthalten, durchgängig nur die das Vermögen betreffenden und daher in Geld ſchätzbaren Schäden, die eigentlichen damna, berückſichtigt zu finden. Trotz aller wahren und erdichteten Sagen von der Habſucht und dem Geize der Römer, wäre es aber doch höchſt befremdend, wenn dieſe bloß Vermögensverluſte für würdig gehalten haben ſollten, einen Bruch des ſtrengen Rechts zu veranlaſſen. Wie viele Fälle laſſen ſich denken, in denen durch Adoptionen, Arrogationen, Legitimationen, gerichtliche Urtheile und noch durch mancherlei andere Rechtsgeſchäfte, viel wichtigere Intereſſen verletzt werden können, als die, welche das Vermögen angehen! Deſſen ungeachtet würde es immer ſehr bedenklich ſeyn, die Zuläſſigkeit der Reſtitution auch außer den Fällen der Vermögensverletzung zu behaupten, ſo ferne wir von allen poſitiven Beweiſen dafür entblößt wären. Dies ſind wir jedoch zum Glück nicht gänzlich. Auf einige hier in Betracht kommende Stellen haben ſchon Anton Faber [1]) und

1) De Error. pragmat. Decas 23. err. 3.

Dompierre [2]) aufmerkſam gemacht, und es laſſen ſich noch mehrere hinzufügen. Es wird indeſſen nicht überflüſſig ſeyn, dieſelben hier einzeln vorzunehmen und mit einigen Bemerkungen zu begleiten, da ihre Beweiskraft nicht unverkennbar zu Tage liegt.

1. „Ulpianus *libro X ad Edictum*. Minoribus viginti quinque annis subvenitur per in integrum restitutionem, non solum cum de bonis eorum aliquid minuitur, sed etiam cum intersit ipsorum litibus et sumptibus non vexari [3]).“

Obgleich hier unumwunden die Möglichkeit der Reſtitution ohne Vermögensverluſt ausgeſprochen wird, ſo könnte es doch wieder Anſtoß erregen, daß Ulpian die sumptus der minutio bonorum entgegenſetzt. Man ſollte darnach faſt glauben, Ulpian wolle eigentlich nur gegenwärtige und künftige Schäden hier unterſcheiden. Recht füglich können aber auch Auslagen unter den sumptus verſtanden werden, die, wenn man auch Erſatz dafür erhält, doch natürlich dem, der ſie machen muß, oft ſehr unbequem ſind. Schon die Unannehmlichkeit, einen Proceß führen und Auslagen machen zu müſſen, ſoll die Reſtitution begründen können, wenn man auch nicht ärmer wird bei dem Rechtsverhältniß, wogegen man reſtituirt ſeyn will. Dies

2) Spec. de rest. in integr. tit. I. §. 42. M. ſ. auch M. Temminck Fragm. quaedam leg. Iul. de iudic. c. 2. in Oelrich Thes. nov. Diss. T. II. Vol. II. p. 76 f.

3) l. 6. D. de minor. (4. 4).

ſcheint die einzige Erklärung zu ſeyn, welche mit den Worten: „non solum cum de bonis eorum aliquid minuitur," ungezwungen vereinbar iſt, da wir nicht befugt ſind, dieſe Worte bloß auf ſchon vorhandene Schäden zu deuten, beſonders weil das Präſens, „minuitur," und nicht das Perfectum gebraucht iſt.

2. „Ulpianus *libro XI ad Edictum.* Si quis minor viginti quinque annis arrogandum se dederit, et in ipsa arrogatione se circumventum dicat (finge enim a praedone eum hominem locupletem arrogatum), dico debere eum audiri in integrum se restituentem [4])."

Anſcheinend beweiſt zwar dieſe Stelle für unſeren Zweck gar nichts, weil Ulpian, der ſich wunderlicher Weiſe hier ſo ausdrückt, als könne man auch ſich ſelbſt in den vorigen Stand ſetzen, was indeſſen dem Paulus auch ein Paar Mal entſchlüpft iſt [5]), zur Erläuterung der Nachtheile, die zur Aufhebung einer Arrogation berechtigen können, gerade ein vom Vermögen entlehntes Beiſpiel angiebt. Aber eben daß das Vermögen nur beiſpielsweiſe in Betracht gezogen wird, zeigt, daß auch andere Läſionen hier zu berückſichtigen ſind, wofür außerdem noch ſonſtige Gründe ſprechen. Bekannt iſt namentlich, wie der Untergang der sacra einer Familie, wenn etwa deren letztes Mitglied ſich arrogiren laſſen

4) l. 3. §. 6. D. de minor. (4, 4).

5) l. 48. pr. D. eod., Pauli S. R. I, 9. §. 5.

wollte, den Römern als ein weſentlicher Grund gegen die Zulaſſung der Arrogation galt, und daß die Unterſuchung, welche früher die Pontifices [6]), ſpäter die Magiſtrate [7]) bei jeder Arrogation darüber anzuſtellen hatten, ob nichts dagegen einzuwenden ſey, eben ſo ſehr auf die etwanige Gefahr für die sacra und für die Perſon des zu Arrogirenden, als auf die Gefahr für das Vermögen zu richten war [8]). Erwägt man dies, ſo kann man es nicht wohl bezweifeln, daß die Römer in dem Untergange der sacra oder in einer erheblichen Unzuträglichkeit für die Perſon des Arrogirten nicht weniger eine zur Aufhebung der Arrogation hinreichende Verletzung gefunden haben werden, als in einem erſichtlich gewordenen pecuniairen Nachtheil.

3. „Paulus *libro I Sententiarum*. Minores si in iudicem compromiserunt, licet tutore auctore stipulati sunt, in integrum restitutionem adversus talem obligationem iure desiderant [9]).“ Will man dieſe Stelle nicht bloß von dem Fall verſtehen, wenn die beim Compromiß gewöhnliche Conventionalſtrafe, die compromissa pecunia, verwirkt worden iſt, oder der Schiedsrichter bereits entſchieden

6) Gellius V. c. 19., Tacit. Histor. I. c. 15., Cic. pro domo c. 13.

7) l. 2. C. de adoption. (8, 48).

8) Heinecc. Antiq. I, 11. §. 7 u. 8. l. 15. §. 2 u. 3. l. 16. l. 17. pr. D. de adoption. (1, 7), l. 2. C. eod. (8, 48).

9) l. 34. §. 1. D. de minor. (4, 4).

hat, und der unterliegende Theil ſich verletzt findet, wozu doch keine hinlängliche Veranlaſſung da iſt, ſo bleibt nichts übrig, als die Läſion hier in dem im Compromiß liegenden Verzicht auf die Entſcheidung des Streits durch die ordentlichen Gerichte zu ſuchen, wobei denn die Beziehung der Verletzung auf das Vermögen offenbar wegfällt.

4. „Callistratus *libro I edicti monitorii.* Quum lege Iulia cautum sit, ne minor viginti annis iudicare cogatur, nemini licere, minorem viginti annis compromissarium iudicem eligere, ideoque poenam ex sententia eius nullo modo committi, maiori tamen viginti annis, si minor viginti quinque annis sit, ex hac causa succurrendum, si temere auditorium receperit, multi dixerunt [10]."

Wie die Uebernahme eines Schiedsrichteramts Mühe, Zeitverluſt, Unannehmlichkeiten und Auslagen verurſachen könne, bedarf keiner Auseinanderſetzung. Hingegen ein Vermögensverluſt läßt ſich nur ſehr entfernt daraus ableiten, da dem Schiedsrichter ſeine etwanigen Koſten von den Partheien vergütet werden müſſen. Willkührlich wäre es daher, vorauszuſetzen, Calliſtratus habe dennoch gerade nur an den Fall gedacht, da

10) l. 41. D. de receptis (4. 8). Die Ausgaben ſetzen gewöhnlich in dieſer Stelle ein Punctum hinter committi, wodurch aber eine Periode ohne Nachſatz entſteht.

irgend ein pecuniairer Schade für den Schiedsrichter zu beſorgen ſey. Viel näher liegt es, die Aeußerung des Calliſtratus ganz allgemein und ohne Beziehung auf irgend eine beſtimmte Art der Läſion zu verſtehen, und es kann dafür ſogar noch angeführt werden, daß ſonſt die Bemerkung alles Intereſſe verlöre, weil darüber nicht der leiſeſte Zweifel bei den Römern aufſteigen konnte, daß, im Fall eines Vermögensſchadens, das receptum arbitri ſo gut wie irgend ein anderer Vertrag der Reſtitution unterworfen ſey.

5. „Hermogenianus *libro I Iuris Epitomarum.* Si in emptione penes se collatam minor adiectione ab alio superetur, implorans in integrum restitutionem audietur, si eius interesse, emptam ab eo rem fuisse approbetur, veluti *quod maiorum eius fuisset;* ita tamen, ut quod ex licitatione accessit, ipse offerat venditori [11])."

Ein Affectionswerth wird freilich in manchen Fällen als ein in Geld ſchätzbares Intereſſe behandelt [12]), und dieſer poſitiven Anſicht zufolge, kann man allerdings das lucrum cessans, um deſſentwillen Hermogenian die Reſtitution des bei der Verſteigerung oder in diem addictio überbotenen Minderjährigen billigt, auch als einen entgangenen Vermögensvortheil

11) l. 35. D. de minor. (4, 4).

12) l. 33. D. ad leg. Aquil. (9, 2), l. 1. D. de in litem iur. (12, 3), l. 54. D. mandati (17, 1), l. 1. pr. D. de act. empti (19, 1), l. 63. pr. D. ad leg. Falcid. (35, 2).

auffaſſen. Niemand wird indeſſen verkennen, daß bei einer natürlichen Betrachtung, das lucrum cessans, welches hier als Beiſpiel angeführt wird, eher ein entgangener Gewinn für das Herz, als eine eingebüßte Bereicherung genannt werden müſſe.

6. „*Imperator Gordianus A. Serenae.* Si cum pater tuus te in sua potestate esse, minimeque emancipationem a se factam valere diceret, proconsul super causa cognoscens, te eius potestati subiectam pronunciaverit: cum adversus eam sententiam in integrum restitui postules: is qui provinciam regit, in impertienda cognitione suas partes secundum leges exhibebit [13].“

Der Schluß dieſes Reſcripts ſoll unſtreitig ſo viel heißen, als: es kann im vorliegenden Fall Reſtitution eintreten. Nun hat zwar die Emancipation den größten Einfluß auf die Vermögensverhältniſſe und es könnte alſo die Läſion hier darin geſetzt ſeyn, daß durch die Annullirung der Emancipation der Serena das Recht genommen war, ihren Erwerb ganz für ſich zu behalten. Allein wir haben keinen Grund, bloß dieſe Betrachtung dem Gordian unterzuſchieben, da die Rückſicht auf die der Serena entzogene perſönliche Unabhängigkeit ihn eben ſo gut hat leiten können. Auch iſt eben ſo wenig Veranlaſſung vorhanden, hier eine bloße Aeußerung Kaiſerlicher Willkühr wahrzuneh-

13) l. 2. C. si adv. rem iud. (2, 27).

men, weshalb denn dies Reſcript auch als ein nicht verwerflicher Beweis dafür, daß die Reſtitution nicht nothwendig einen Vermögensſchaden vorausſetze, angeſehen werden darf.

7. „*Impp. Diocletianus et Maximianus A. A. Constantino.* Si pater tuus, cum Decurio crearis, non consensit, et decimum quintum annum aetatis agis, aditus Praeses provinciae, si inhabilem te ad eundem decurionatus honorem esse perspexerit: quando huiusmodi aetati etiam praetermissa appellatione subveniatur, iniquam nominationem removebit [14]."

Auch der Decurionat war allerdings höchſt folgenreich für das Vermögen der Decurionen, vorzüglich wegen ihrer Verantwortlichkeit für die Steuern der Commüne. Indeſſen wird hier nicht darum dem Minderjährigen Hoffnung auf Reſtitution gegen die auf ihn gefallene Wahl in die Curie gemacht, ſondern nur wegen der von ihm vorgeſchützten Inhabilität, welche freilich, wenn ſie gegründet war, das an ſich läſtige Amt doppelt drückend für ihn machen mußte. Man könnte aber die Frage aufwerfen, ob hier wirklich von Reſtitution gegen die Wahl, und nicht vielmehr von Nichtigkeit der letzteren die Rede ſey? Die Art und Weiſe jedoch, wie auf das Alter Rückſicht genommen wird, ließe ſich

14) l. 8. C. quando appell. non sit necesse (7, 64).

nicht füglich erklären, wenn Diocletian nicht an die Reſtitution wegen Minderjährigkeit gedacht hätte.

Hiermit iſt aber auch die Zahl der ausdrücklichen Zeugniſſe für die Statthaftigkeit der Reſtitution in Beziehung auf Verletzungen, die nicht das Vermögen betreffen, geſchloſſen. Zwar giebt es noch eine Stelle, worin ein Beiſpiel der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand ohne Vermögensverluſt vorkommt, von der aber darum doch hier kein Gebrauch gemacht werden kann. Ulpian erzählt nämlich, zwei minderjährige Brüder, die ihren Vormund, welcher durch vorgeſchützte Excuſationen Befreiung von ſeiner Curatel erlangt hatte, gern zu behalten wünſchten, auch meinten, daß ſeine Entſchuldigungsgründe nicht zureichend wären, hätten deshalb beim Prätor Reſtitution gegen die Entlaſſung ihres Vormundes verlangt. Der Prätor ſey zweifelhaft geweſen und habe darum bei Severus Alexander angefragt, worauf der Kaiſer reſcribirt habe, daß, obgleich dieſer Fall des in Frage ſtehenden Rechtsverhältniſſes wegen, ganz außerhalb der Grenzen der Reſtitution liege, welche der Prätor ertheilen könne, er doch aus Kaiſerlicher Machtvollkommenheit einſchreiten, und dem nicht genügend entſchuldigten Vormunde die Fortführung ſeines Amts auferlegen wolle [15]. Die Antwort Severs macht es nach dem, was oben über die Kaiſerlichen Reſtitutionen bemerkt worden iſt, unnöthig, aus-

15) l. 11. §. 2. D. de minor. (4, 4).

zuführen, warum dieſe Stelle nichts entſcheiden kann. Dagegen läßt ſich noch ein Argument für unſeren Beweisſatz daraus ſchöpfen, daß gegen das Erlöſchen einer Accuſation keine Wiedereinſetzung in den vorigen Stand Statt findet [16]). Es wird dies als eine ſpecielle Beſchränkung der Reſtitution hingeſtellt, und die Römer müſſen alſo den Verluſt einer Accuſation, obgleich dieſer auf keine Weiſe dem Vermögen nachtheilig iſt, als eine an ſich zur Reſtitution geeignete Verletzung angeſehen haben, weil ſonſt jene Beſchränkung völlig bedeutungslos ſeyn würde.

Eine offene Critik darf es nicht verhehlen, daß ſämmtliche hier zuſammengeſtellte Beweiſe wohl nicht zu befriedigen im Stande wären, ſo ferne dieſelben zur Entkräftung bedeutender Gegengründe dienen müßten. Auf ſolche Gegengründe ſtoßen wir indeſſen nicht; namentlich iſt es nirgends ausgeſprochen, daß bei der Reſtitution einzig und allein auf Vermögensſchäden geſehen werden ſoll, und das gewöhnlich freilich ſehr mißliche argumentum a silentio gewinnt eine nicht zu verſchmähende Auctorität bei einem Satze, der zu wichtig iſt, um leicht vergeſſen zu werden, und der überdies die Billigkeit und die Natur der Sache für ſich hat. Der einzige ſcheinbar bedenkliche Umſtand iſt in der That, daß in den Quellen durchgehends bloß auf Vermögensſchäden bei der Reſtitution Bezug genom-

16) M. ſ. unten §. 10.

men wird. Aber dies erklärt ſich hinlänglich daraus, daß dieſe Schäden die häufigſten und alltäglichſten ſind, daher es nicht zu verwundern iſt, wenn bei der caſuiſtiſchen Beſchaffenheit unſerer Quellen vorzugsweiſe auch nur dieſer Schäden Erwähnung geſchieht. Daß übrigens in den obigen Beweisſtellen immer nur von Minderjährigen geſprochen wird, iſt ohne Zweifel nichts Weſentliches. Wir erhalten dadurch nur einen neuen Beleg für die Regel, daß die Reſtitution Minderjähriger im Römiſchen Recht als ein Normalfall daſteht. Man ſieht auch nicht wohl ein, weshalb Minderjährigkeit ein beſſerer Grund ſeyn ſollte, eine Arrogation, oder ein Compromiß, oder die Uebernahme eines Schiedsrichteramts aufheben, als etwa der Zwang. Allenfalls bei der ſechſten Stelle läßt ſich nicht füglich ein anderer Reſtitutionsgrund denken, als gerade die Minderjährigkeit. Dies iſt aber auch etwas Gleichgültiges, ſobald es nur andere Fälle giebt, die eben ſo gut bei Volljährigen vorkommen können.

Es darf hier jedoch noch ein Umſtand nicht ganz außer Acht gelaſſen werden, der ſonſt vielleicht Zweifel gegen die obige Ausführung erregen könnte. Daß die Sklaven gänzlich von der Reſtitution ausgeſchloſſen waren [17], kann nicht auffallen, da ſie weder Rechte

17) l. 13. pr. D. ex quib. caus. mai. (4, 6). Darauf geht auch der Grundſatz: „Servi non habent communionem iuris in totum, *ne quidem praetorii edicti*" l. 20. §. 7. D. qui test. fac. poss. (28, 1).

hatten, welche verletzt werden konnten, noch durch ihre Handlungen klagbar verpflichtet wurden, ausgenommen durch Delicte [18]), bei welchen aber ohnehin keine Reſtitution Statt fand [19]). Indem aber Paulus dieſer Ausſchließung der Sklaven erwähnt, fügt er hinzu: „Puto tamen filiumfamilias in castrensi peculio pertinere ad hoc edictum [20])," wonach man faſt glauben ſollte, daß den filiisfamilias zu Paulus Zeit höchſtens gegen die ihr peculium castrense betreffenden Läſionen Reſtitution gewährt worden ſey, und wäre dies wirklich der Fall, ſo ließe es ſich nicht wohl anders als durch die Annahme erklären, daß man nur Vermögensſchäden bei der Reſtitution berückſichtigt habe, da die filiifamilias ſchon damals, wenn auch, gleich den Sklaven, kein eigenes Vermögen, mit Ausnahme des peculium castrense, doch viele andere Rechte haben konnten, in Rückſicht deren eine Verletzung möglich war. Glücklicherweiſe fehlt es uns jedoch nicht an Stellen, welche uns über den eigentlichen Zuſammenhang jener von Paulus nur in einer unpaſſenden Verbindung vorgetragenen Bemerkung Aufſchluß geben. Wer in eigenem Namen Reſtitution ſucht, muß auch ſelbſt den Schaden erlitten haben, deſſen Aufhebung er begehrt, und daher können aller-

18) l. 14. D. de O. et A. (44, 7).

19) M. ſ. §. 9. Note 70.

20) l. 13. §. 1. D. ex quib. caus. mai. (4, 6).

dings die filiifamilias in Vermögensangelegenheiten nur dann Reſtitution gegen ihre Handlungen wie gegen ihre Verſäumniſſe erhalten, wenn wirklich ihr eigenes Intereſſe, und nicht bloß das Intereſſe ihres durch ſie erwerbenden Vaters verletzt iſt [21]). Darauf zielt Paulus offenbar a. a. O. Er will nur hervorheben, daß ein filiusfamilias zwar auch Reſtitution ſuchen dürfe, jedoch nur, ſo ferne er ſelbſt unmittelbar beeinträchtigt ſey; weshalb ſeine Bemerkung aber auch von keiner Bedeutung für die Frage iſt, ob nur Läſionen, welche das Vermögen betroffen haben, die Reſtitution begründen, oder nicht.

§. 8.

c. Betrag der Läſion.

In unſeren Lehrbüchern, wie in den beſonderen Schriften über Reſtitution, wird gewöhnlich der Grundſatz aufgeſtellt, daß die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand immer eine bedeutende Läſion vorausſetze. Nur giebt man dabei zu, was ſich freilich von ſelbſt verſteht, daß die Frage, in wie fern ein Schaden als beträchtlich anzuſehen ſey oder nicht, relativ mit Rückſicht auf die Größe und Wichtigkeit des Gegenſtandes, weswegen Reſtitution geſucht wird, beantwortet werden

21) l. 3. §. 4-11. l. 4. l. 5. l. 38. §. 1. D. de minor. (4, 4). Das Nähere über dieſen Satz ſehe man §. 14.

müſſe. Indeſſen hat dieſe Anſicht auch einzelne Gegner gefunden, beſonders an Cocceji [1]) und Dompierre [2]), die ſchon wegen geringer Verletzungen die Reſtitution für erlaubt halten, und nach reiflicher Erwägung aller Gründe und Gegengründe, kann ich nicht umhin, mich dieſen anzuſchließen. Zwar iſt kein Gewicht auf das Argument zu legen, daß, was gerecht und billig ſey, nicht nach dem Geldeswerth und überhaupt nicht nach der äußeren Wichtigkeit beurtheilt werden dürfe; denn dieſem Raiſonnement hält ein anderes zum Mindeſten die Wage, nämlich, daß derſelbe Grund, der uns poſitive Regeln zum Bedürfniß macht, uns auch davon abhalten muß, dieſe Regeln gleich um jeder Kleinigkeit willen bei Seite zu ſetzen, indem ein zu weit getriebenes Haſchen nach Billigkeit Unſicherheit aller Rechte herbeiführen und der Beamtenwillkühr die Bahn brechen müßte. Eben ſo wenig kann man den Beweis überzeugend finden, den Cocceji und Dompierre aus folgender Stelle entlehnen:

„Callistratus *libro I Edicti monitorii.* Scio illud a quibusdam observatum, ne propter satis minimam rem vel summam, si maiori rei vel summae praeiudicetur, audiatur is, qui in integrum restitui postulat [3]).“

1) Ius civ. controv. IV, 1. qu. 9.

2) Spec. de rest. in integr. tit. 1. §. 32.

3) l. 4. D. de in integr. rest. (4, 1).

Ganz unzuläſſig iſt es allerdings, wenn Weſtenberg [4]) dieſe Stelle ſogar für die entgegengeſetzte Meinung anführt, was nur geſchehen kann, indem er die Worte „si maiori rei vel summae praeiudicetur" als nicht vorhanden behandelt. Aber man braucht auf der anderen Seite die Stelle auch nicht ſo zu verſtehen, daß nur dann die Reſtitution wegen geringfügiger Verletzungen unzuläſſig ſey, wenn dieſelbe einen größeren Nachtheil herbeiführen würde, ſonſt nicht, ſondern man kann die minima res vel summa, wovon Calliſtratus ſpricht, auch ohne Zwang in einem relativen Sinn auffaſſen, in dem Sinn nämlich, daß Calliſtratus überhaupt nur ſagen will: die Verletzung, um derentwillen Wiedereinſetzung in den vorigen Stand geſucht werde, müſſe nicht um Vieles kleiner ſeyn, als der Schaden, den die Reſtitution für den Gegner zur Folge haben würde [5]); wobei dann die Stelle in Rückſicht der Frage, ob jene Verletzung an ſich unbedeutend ſeyn dürfe, oder nicht, gar nichts entſcheidet.

Es iſt indeſſen auch keine Gefahr dabei, die hier berührten Beweisgründe aufzugeben, da ſich beſſere beibringen laſſen. Wir brauchen nur nach der Quelle

4) Princ. iur. sec. ord. Dig. IV, 1. §. 12.

5) Man denke nur an den Fall, wenn ein Minderjähriger beim Verkauf eines Grundſtücks nur wenig verletzt wäre, das Grundſtück aber für den Betrieb des Käufers einen ganz außerordentlichen Werth hätte, ſo daß letzterer durch die Reſtitution einen faſt unberechenbaren Schaden erlitte.

zu fragen, aus welcher die angebliche Beſchränkung der Reſtitution auf ſehr erhebliche Läſionen herſtammen ſoll. Im Prätoriſchen Edict ſelbſt finden wir dieſe Quelle nicht; denn in allen uns erhaltenen Kapiteln des Edicts über die Reſtitution ſteht von einer ſolchen Beſchränkung kein Wort und man begreift auch leicht, daß die Prätoren nicht ſehr geneigt waren, ſich ſelbſt in Rückſicht der Bewilligung einer Gnade die Hände zu binden. Demnach müßte jene Beſchränkung einer ſpäteren Geſetzgebung oder Praxis bei den Römern ihren Urſprung verdanken. Von einer ausdrücklichen Einführung, ſey es durch Volks- oder Senatsſchlüſſe oder durch Kaiſerliche Conſtitutionen, haben wir aber wieder keine Spur, und es bleibt mithin nur die Römiſche Praxis zu berückſichtigen übrig. Was nun dieſe betrifft, ſo ſtoßen wir allerdings auf mehrere Stellen, welche in beſtimmten Fällen eine bedeutende Verletzung zur Bedingung der Reſtitution machen; allein der Umſtand, daß dies nur in beſtimmten Fällen geſchieht, zeigt gerade, daß dieſe Stellen kein allgemeines Erforderniß enthalten. Die Fälle, in welchen nur wegen beträchtlicher Läſionen reſtituirt werden darf, ſind:

1. Wenn ein Schuldner in Beziehung auf den Verkauf eines Pfandes, nicht bloß gegen den verkaufenden Creditor, wobei es auf die Größe der Verletzung

nicht ankommt, ſondern gegen den Käufer ſelbſt Reſtitution ſucht [6]).

2. Wenn ein Volljähriger — denn bei Minderjährigen wird hier wieder nicht auf den Betrag der Läſion geſehen — gegen die Antretung einer Erbſchaft reſtituirt zu werden begehrt, was zwar früher gar nicht anging, aber von Hadrian geſtattet worden iſt, ſo fern ſehr bedeutende Erbſchaftsſchulden entdeckt werden [7]).

3. Wenn ein Mündel gegen die von ſeinem Vormund ordnungsmäßig vorgenommenen Veräußerungen reſtituirt ſeyn will [8]).

4. Wenn die Reſtitution gegen einen Verkauf an den Fiscus geſucht wird [9]).

5. Wenn man die Umſtoßung der Beſtellung einer dos oder donatio propter nuptias verlangt [10]).

6) l. 9. pr. D. de minor. (4, 4), l. 1. C. si adv. vend. pign. (2, 29), l. 3. C. si adv. fisc. (2, 37).

7) Gaius II. §. 163, §. 5 u. 6. I. de hered. qual. (2, 19), l. 57. §. 1. D. de adquir. hered. (29, 2).

8) l. 49. D. de minor. (4, 4). M. ſ. auch l. 7. §. 8. D. eod.

9) l. 1. C. si adv. fiscum (2, 37).

10) l. 9. §. 1. D. de minor. (4, 4), l. 1. C. si adv. donat. (2, 30), verglichen mit l. 9. l. 17. C. de don. ante vel propt. nupt. (5, 3), und Cod. Greg. lib. II. tit. 1. im Ius civ. Anteiust. oder tit. 2. bei Schulting. In ſo fern übrigens das Verſprechen einer dos, ultra vires patrimonii geht, iſt, ſo weit es das Vermögen überſteigt, keine Reſtitution nöthig, indem das Mehr ipso iure hinfällig iſt, l. 61. pr. D. de iure dot. (23, 3); es müßte denn der Vormund der Frau auf eigenen Namen das Verſprechen ausgeſtellt haben, wo er für das Ganze haftet, l. 43. §. 1. D. de adm. tut. (26, 7).

Digitized by Google

6. Endlich wenn man um Reſtitution gegen die Verjährung der querela inofficiosi anhält [11]).

Man könnte aber vielleicht noch den Einwand machen, daß, wenn auch nur in dieſen Fällen das Erforderniß eines grande damnum, oder magnum detrimentum, oder laesio nimia, s. immodica, s. enormis ausgeſprochen ſey, daraus doch keineswegs folge, daß dieſes Erforderniß als etwas Beſonderes für jene Fälle, und nicht vielmehr als etwas Allgemeingültiges, deſſen nur nicht überall Erwähnung geſchehe, betrachtet werden müſſe. Allein dieſem Einwande begegnen gleich die beiden erſten der angegebenen Fälle. Denn da es in dieſen ausdrücklich als eine Eigenthümlichkeit derſelben hervorgehoben wird, daß nur wegen einer großen Verletzung Reſtitution ertheilt werden dürfe, ſo ergiebt ſich daraus unmittelbar, daß im Allgemeinen ein beträchtlicher Schaden nichts Weſentliches ſey, und davon iſt wieder ein nothwendiger Folgeſatz, daß die anderen Fälle, in welchen ebenfalls eine bedeutende Läſion zur Bedingung der Reſtitution gemacht wird, auch nur ein ſingulaires Recht enthalten können. Dies iſt vorzüglich wichtig für eine Stelle Ulpians, welche den

11) l. 8. §. 17. D. de inoffic. test. (5, 3). Hier iſt freilich nur überhaupt von *magna* et iusta causa restitutionis die Rede, doch kann man darunter recht füglich den Fall mitbegreifen, wenn durch Wegfallen der querela inofficiosi die Ausſicht gerade auf eine ſehr große Erbſchaft verloren geht, alſo eine bedeutende Läſion eintritt.

Hauptſtützpunkt der hier beſtrittenen Meinung bildet. Es iſt dies die Stelle, worin die Reſtitution eines Mündels gegen eine von ſeinem Vormund vorgenommene Veräußerung nur unter Vorausſetzung eines grande damnum geſtattet wird [12]). Wiewohl hier nicht unmittelbar aus der Darſtellung ſelbſt hervorgeht, ob nur mit Rückſicht auf die Art und Weiſe der Verletzung oder eines allgemeinen Princips wegen auf ein grande damnum geſehen wird, ſo giebt uns doch Ulpian ſelbſt den Commentar zur Erklärung ſeiner Aeußerung, indem gerade von ihm die Bemerkung herrührt, daß beim Pfandverkauf, bloß zur Reſtitution des Schuldners gegen den dritten Beſitzer, nicht auch zur Reſtitution gegen den Pfandgläubiger, ein beträchtlicher Schaden erforderlich ſey [13]), eine Bemerkung, die Ulpian nicht hätte machen können, ſo fern er allgemein eine bedeutende Verletzung für eine weſentliche Bedingung der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand gehalten hätte.

Einige haben jedoch noch einen ſchlagenden Beweis für die herrſchende Anſicht in folgender Stelle zu finden geglaubt:

„Paulus *libro 1 Sententiarum.* Non semper autem ea, quae cum minoribus geruntur, rescindenda sunt, sed ad bonum et aequum redigenda sunt, *ne magno incommodo huius aetatis ho-*

12) l. 49. D. de minor. 13) l. 9. pr. D. eod. (4, 4).

mines afficiantur, nemine cum his contrahente, et quodammodo commercio eis interdicatur. Itaque nisi aut manifesta circumscriptio sit, aut tam negligenter in ea causa versati sint, Praetor se interponere non debet [14]."

Das Mißverſtändniß iſt aber faſt zu arg, um Beachtung zu verdienen; denn es iſt offenbar unrichtig, hier die curſiv gedruckten Worte mit dem Vorhergehenden ſo zu conſtruiren, als würde hier vorgeſchrieben, die Reſtitution lediglich zur Beſeitigung großer Schäden anzuwenden, während die Stelle nur die allgemeine Anempfehlung enthält, die Minderjährigen nicht durch leichtſinnige Gewährung der Reſtitution creditlos zu machen, und dieſelben dadurch wieder in eine höchſt nachtheilige Lage zu verſetzen, magno eos afficere incommodo. Schließt nun gleich das leichtſinnige Reſtituiren auch das Reſtituiren wegen ganz unbedeutender Kleinigkeiten in ſich, ſo iſt doch zwiſchen einer Empfehlung, dies zu thun, und einem Verbot ein weſentlicher Unterſchied, und nur das Verbot muß geleugnet werden; denn daß es im Allgemeinen wünſchenswerth ſey, daß die Reſtitution nur ſparſam gebraucht werde, darüber kann es keine getheilte Meinung geben.

Nicht beſſer ſind ein Paar andere Gründe, die man theils von dem Gemeinplatz: minima non curat Prae-

14) l. 24. §. 1. D. eod.

tor, theils daher zu entlehnen pflegt, daß zwei Reſtitutionsklagen des ius honorarium wirklich auf einigermaßen beträchtliche Verletzungen beſchränkt ſind, die actio de dolo [15]) und die actio redhibitoria [16]). Jener ſprichwörtliche Grundſatz hat gar keine ſpecielle Beziehung auf die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, und was die vermeintliche Analogie der actio de dolo und der actio redhibitoria betrifft, ſo kann dieſe nach der allgemeinen Regel, daß poſitive Beſchränkungen eines Rechts ſtreng auszulegen, und daher nicht analog anzuwenden ſind, nicht ein Mal für die anderen Reſtitutionsklagen etwas beweiſen, geſchweige alſo, daß man daraus Normen für die eigentliche in integrum restitutio ſollte ableiten dürfen. Am Ende iſt auch nichts Erhebliches gewonnen, wenn man ſtets eine bedeutende Verletzung zur Reſtitution fordert. Ein beſtimmter Maaßſtab, wonach beurtheilt werden könnte, ob eine Läſion für geringfügig zu achten ſey, oder nicht, fehlt auf jeden Fall. Ohne ein beſtimmtes Maaß aber, an deſſen Ueberſchreitung Nichtigkeit der Reſtitution geknüpft werden kann, iſt es praktiſch ziemlich gleichgültig, ob man einen großen Schaden zur Bedingung der

15) l. 9. §. 5. l. 10. l. 11. pr. D. de dolo (4, 3), l. 5. C. eod. (2, 21). In der l. 10. D. cit. hat, wie Cujaz (ad h. l.) vermuthet, Paulus von 2000 Seſterzen geſprochen, und Juſtinian erſt dafür zwei Ducaten ſetzen laſſen.

16) l. 54. D. de contr. empt. (18, 1), l. 1. §. 8. l. 4. §. 6. l. 10. §. 2. l. 11. l. 48. §. 8. D. de aedilit. edicto .(21, 1).

Reſtitution erhebt, oder ob man dies nicht thut, weil dann doch wieder dem obrigkeitlichen Ermeſſen ein ſehr freier Spielraum bleibt, und die Schwierigkeit, welche es augenſcheinlich hat, bei der unendlichen Mannigfaltigkeit der möglichen Fälle eine zweckmäßige Grenze zwiſchen großen und kleinen Läſionen zu ziehen, hat ohne Zweifel die Römer gerade beſtimmt, hier ganz der billigen Beurtheilung der reſtituirenden Behörden zu vertrauen.

Das Canoniſche Recht hat in Rückſicht der erörterten Streitfrage nichts geändert. In einigen Decretalen wird es zwar als ein Motiv für die Bewilligung einer geſuchten Reſtitution mit hervorgehoben, daß ein bedeutender Schaden erwieſen ſey [17]). Nirgends wird aber die Zuläſſigkeit der Reſtitution an die Exiſtenz einer beträchtlichen Läſion, als einer weſentlichen Vorausſetzung, geknüpft.

§. 9.

B. Ein zur Reſtitution geeigneter Fall:

a. Allgemeine Grundſätze.

Ein zweites Erforderniß der Reſtitution, deſſen Nothwendigkeit unmittelbar aus dem Begriff derſelben her-

17) c. 5 u. 8. X. de in integr. rest. (1, 41), c. 11. X. de rebus eccles. alienand. vel non (3, 13).

vorgeht, iſt ein zur Reſtitution geeigneter Fall. Abgeſehen aber von einer Anzahl poſitiver beſchränkender Beſtimmungen darüber, die in den §§. 10 und 15 vorkommen werden, und die mehr den Character beſonderer Ausnahmen, als den der Regeln über die Anwendung der Reſtitution an ſich tragen, vermiſſen wir, wenigſtens anſcheinend, eine feſte Abgrenzung der Verhältniſſe und Fälle, welche zur Reſtitution geeignet ſind. Es heißt vielmehr ganz allgemein, was auch geſchehen ſeyn möge, quodcunque gestum sit, ſo könne Reſtitution ertheilt werden [1]), und vergleicht man die mannigfaltigen Beiſpiele von Reſtitutionen, welche uns die Quellen darbieten, ſo erkennt man in der That auch bald ein höchſt ausgedehntes Gebiet. Namentlich iſt die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand möglich:

I. Gegen die Verjährung jederlei Art, mag die Friſt für die Geltendmachung eines Rechts, oder für die Vornahme von Handlungen zur Erhaltung und Sicherſtellung von Rechten, überhaupt zur Abwendung eines rechtlichen Nachtheils, durch Geſetz, oder richterliche Verfügung, oder Vertrag oder letzte Willensordnung beſtimmt ſeyn, alſo die Verjährung, nach dem Sprachgebrauch unſerer Praktiker, zur praescriptio legalis, oder iudicialis, oder conventionalis, oder testamen-

1) l. 7. pr. D. de minor. (4, 4).

taria gehören. Beiſpiele gewähren die Uſucapion [2]), die Klagenverjährung [3]); der Verluſt von Servituten durch Nichtausübung [4]); der Ablauf der Zeit zur Erbittung der bonorum possessio [5]), oder zur Beobachtung des SCtum Silanianum [6]), oder zur Erfüllung der Vermächtniſſe [7]); die Verabſäumung proceſſualiſcher Friſten und Termine [8]), oder des rechtzeitigen Höherbietens bei einer Verſteigerung [9]); die verſpätete Erfüllung teſtamentariſcher Auflagen und Bedingungen [10]), und die Verwirkung vertragsmäßiger Rechte wegen Vernachläſſigung einer lex commissoria, oder

2) l. 45. pr. D. eod. l. 1. §. 1. l. 26. §. 7 u. 8. D. ex quib. caus. mai. (4, 6), l. un. C. si advers. usuc. (2, 36), l. 3. C. de tempor. in integr. rest. (2, 53), l. 5. C. quib. ex caus. mai. (2, 54).

3) l. 50. D. de minor. (4, 4), l. 1. §. 1. D. ex quib. caus. mai. (4, 6), l. 5. C. in quib. caus. in integr. rest. necess. non est (2, 41), l. 7. C. quib. non obiic. longi temp. praescr. (7, 35), Clem. un. de rest. in integr. (1, 11). Ueber Ausnahmen ſ. m. §. 10.

4) l. 1. §. 1. l. 23. §. 2. D. ex quib. caus. mai. (4, 6), l. 34. §. 1. l. 35. D. de S. P. R. (8, 3), l. 14. pr. D. quemadm. serv. amitt. (8, 6), l. 1. §. 9. D. de itin. actuque priv. (43, 19).

5) l. 86. pr. D. de adquir. hered. (29, 2), l. 4. §. 3. l. 5. D. de bon. poss. contra tab. (37, 4), l. 1. §. 2. D. de collat. bon. (37, 6), l. 12. D. de Carbon. ed. (37, 10), l. 2. C. de in integr. rest. min. (2, 22), l. 2. C. si ut omiss. hered. (2, 40).

6) l. 21. §. 1. D. de SCto Silan. (29, 5).

7) Nov. 1. c. 4. pr. §. 1.

8) Gaius IV. §. 125, l. 7. §. 11 u. 12. l. 8. l. 36. D. de minor. (4, 4), l. 2. C. sent. resc. non posse (7, 50), c. 4. 7 u. 10. X. de in integr. rest. (1, 41).

9) l. 35. D. de minor. (4, 4).

10) l. 3. §. 8. D. eod. l. 3. §. 30 u. 31. D. de SCt. Silan. (29, 5).

einer in diem addictio, oder einer anderweitig durch Vertrag feſtgeſetzten Friſt [11]).

11) l. 38. D. de minor. (4, 4), l. 7. §. 1. D. de distr. pign. (20, 5), l. 31. §. 22 u. 23. D. de aedilit. ed. (21, 1), c. 7. X. de pignor. (3, 21). Unbegreiflich iſt es, wie Faber de Error. pragm. Dec. 25. err. 5 u. 6, G. Mascow Prolus. ad leg. 38. D. de minor. (in Opusc. Nr. 13), Hoffacker Princ. iur. §. 824 u. A. aus l. 38. cit. haben ableiten können, daß ein Minderjähriger alsdann nicht gegen eine vertragsmäßige Friſt reſtituirt werden könne, wenn ihr Lauf ſchon bei ſeinem Erblaſſer begonnen habe. Aber eben ſo wenig kann es gebilligt werden, wenn Thibaut Ueber Beſitz und Verj. §. 68. meint, daß, obſchon jene Stelle für das frühere Römiſche Recht dieſe Anſicht begründe, dieſelbe doch zugleich zeige, daß ein Kaiſer ſich durch einen Machtſpruch über die ältere Theorie hinweggeſetzt habe, wobei nun dieſer Machtſpruch wegen ſeiner Aufnahme in die Pandecten, heutzutage das geltende Recht bilden müſſe. Die Sache verhält ſich ſo. Jemand, der eine Sache sub lege commissoria gekauft hatte, war gleich nachher mit Hinterlaſſung einer, ihn beerbenden, unmündigen Tochter, Rutiliana, geſtorben, und die Vormünder der letzteren hatten die Friſt zur Bezahlung des Kaufgeldes verſtreichen laſſen. Rutiliana ſuchte deshalb Reſtitution wider die eingetretene Verwirkung der Anſprüche aus dem Kauf, ward aber ſowohl vom Prätor als vom Präfectus Urbi aus folgendem Grunde abgewieſen. Es iſt ein ſehr richtiger Grundſatz des Römiſchen Rechts, daß Minderjährige nicht auf den Grund ihrer Minderjährigkeit gegen Verträge reſtituirt werden können, in die ſie nur als Erben ſuccedirt ſind, l. 2. C. si adv. vend. pign. (2, 29), l. 7. C. de rest. mil. (2, 51). Dieſen Grundſatz wandten nun der Prätor und der Präfectus Urbi auf das Geſuch der Rutiliana an, was aber entſchieden verkehrt war; denn Rutiliana ſuchte nicht Reſtitution gegen den von ihrem Vater und Erblaſſer geſchloſſenen Kauf, ſondern gegen eine Verſäumniß ihrer Vormünder, gerade um den Kauf aufrecht zu erhalten, und in Anſehung

II. Gegen alle Arten nachtheiliger Rechtsgeſchäfte. Ausdrücklich anerkannt iſt dies z. B. in Anſehung der Kauf- und Miethverträge [12]), der Societäten [13]), der Mandate [14]), der Schenkungen [15]), der Dotalbeſtellungen [16]), der Gemeinſchaftstheilungen [17]), der Ver-

deſſen, was erſt nach Statt gehabter Erbfolge in Beziehung auf ein Geſchäft des Erblaſſers geſchehen iſt, gilt die obige Regel keineswegs, ſondern da iſt die Minderjährigkeit des Erben allerdings wieder ein Reſtitutionsgrund, Paul. S. R. I, 9. §. 8. Es war daher auch kein Machtſpruch, ſondern nur die Zurückführung des Falls auf die richtigen Principien, wenn der Kaiſer, an den ſich die Rutiliana endlich gewandt hatte, fand, daß der Prätor und der Präfectus Urbi einen falſchen Schluß gemacht hätten, und darum die von ihnen abgeſchlagene Reſtitution bewilligte. In anderer Beziehung kann man freilich dieſe Kaiſerliche Entſcheidung einen Machtſpruch nennen, weil dabei die Regel, daß eine ein Mal verſagte Reſtitution ohne neue Gründe nicht wieder ertheilt werden dürfe, nicht berückſichtigt iſt; aber hier, wo uns nur die Gründe intereſſiren, welche den Kaiſer leiteten, iſt dies gleichgültig.

12) l. 7. §. 1. l. 27. §. 1. D. de minor. (4, 4), l. 45. §. 14. D. de iure fisci (49, 14), l. 2. C. si adv. vend. (2, 28), l. 1. C. si adv. fisc. (2, 37). Auch der Kauf durch Verſteigerung macht keine Ausnahme, l. 7. §. 8. D. de minor. (4, 4).

13) l. 7. §. 1. D. eod.

14) l. 48. pr. D. eod., Paul. I, 9. §. 5. Wichtig iſt dies indeſſen eigentlich nur, wo das Mandat nicht willkührlich revocirt werden kann, wie z. B. beim Procurator im Proceß nach der Litis Conteſtation l. 16-27. D. de procurator. (3, 3).

15) l. 1. l. 2. C. si adv. donat. (2, 30), l. 8. C. de don. ante nupt. (5, 3).

16) l. 9. §. 1. D. de minor. (4, 4), l. un. C. si adv. dotem (2, 34). Eine Ausnahme machten früher Brautgeſchenke, l. 1. C. Greg. II, 1., wovon aber im Juſtinianiſchen Recht nichts ſteht.

17) l. un. C. si in commun. eademque causa (2, 26), l.

gleiche [18]), der Compromiſſe [19]), des receptum arbitrii [20]), der Ratihabitionen und Verzichtleiſtungen [21]), der Anleihen [22]), der Acceptilationen [23]), der Novationen [24]), der Bürgſchaften [25]), der Verpfändungen [26]), der Pollicitationen [27]), der Arrogationen [28]), der Adoptionen [29]) und anderer capitis diminutiones, welche nicht zur Strafe erfolgen [30]).

III. Gegen proceſſualiſche Handlungen [31]), die Ei=

1. C. si advers. transact. (2, 32), l. 3. C. commun. utriusque iudic. (3, 38).

18) l. 33. C. de transact. (2, 4), l. 1. l. 2. C. si adv. transact. (2, 32), l. 2. C. ubi et apud quem (2, 47).

19) l. 34. §. 1. D. de minor. (4, 4).

20) l. 41. D. de receptis (4, 8).

21) l. 3. §. 5 u. 7. D. de minor. (4, 4), l. 8. §. 5. D. de bonis libertor. (38, 2), l. 2. C. si adv. donat. (2, 30), c. 8. X. de in integr. rest. (1, 41).

22) l. 7. §. 1. l. 11. §. 6. u. 7. l. 34. pr. D. de minor. (4, 4), l. 2. C. de filiofam. minore (2, 23), l. 1. l. 2. C. si adv. cred. (2, 38).

23) l. 27. §. 2. l. 40. pr. D. de minor. (4, 4), l. 10. §. 1. D. quod met. causa (4, 2), l. 7. C. de in integr. rest. min. (2, 22), l. 3. C. de acceptilat. (8, 44).

24) l. 27. §. 3. l. 40. pr. l. 50. D. de minor. (4, 4), l. 19. D. de novat. (46, 2).

25) Paul. I, 9. §. 5., l. 7. §. 3. l. 48. pr. D. de minor. (4, 4), l. 1. C. de filiofam. min. (2, 23).

26) l. 7. §. 3. D. de minor. (4, 4).

27) l. 9. §. 3. D. quod met. causa (4, 2).

28) l. 3. §. 6. D. de minor. (4, 4).

29) l. 6. §. 1. D. de bon. poss. (37, 1), l. 9. pr. C. Th. de bonis damnator. (9, 42).

30) Ueber die richtige Erklärung der l. 9. §. 4. D. de minor. (4, 4), welche zu ſagen ſcheint, daß gegen eine capitis diminutio keine Reſtitution Statt finde, ſ. m. §. 10. Nr. VI.

31) l. 7. §. 4. D. de minor. (4, 4).

desdelation [32]), die Geſtändniſſe vor Gericht [33]) und die Erklärungen auf eine interrogatio in iure [34]) nicht ausgenommen.

IV. Ueberhaupt gegen die rechtlichen Folgen von Handlungen und Unterlaſſungen, welche, ohne in die Kategorie der eigentlichen juriſtiſchen Handlungen zu gehören, doch auch Rechte und Verbindlichkeiten begründen, oder den Verluſt von Rechten nach ſich ziehen. Daher finden wir z. B. die Reſtitution in Betreff der Annahme [35]), ſo wie der Ausſchlagung [36]) von Erbſchaften und Vermächtniſſen; ferner in Beziehung auf die im Concurſe erlangte Separation [37]);

32) l. 9. §. 4. D. de iureiur. (12, 2).

33) l. 6. §. 5. D. de confessis (42, 2).

34) l. 11. §. 8-12. l. 12. pr. D. de interrog. in iure fac. (11, 1).

35) Gaius II, §. 163, §. 5 u. 6. I. de hered. qual. (2, 19), l. 21. §. 5. D. quod met. causa (4, 2), l. 7. §. 5-10. l. 29. §. 2. l. 33. D. de minor. (4, 4), l. 6. §. 7. l. 57. §. 1. l. 61. l. 85. D. de adquir. hered. (29, 2), l. 1. §. 10. l. 2. §. 10. D. ad SCt. Tertull. (38, 17), l. 6. §. 3. D. de bon. lib. (38, 1), l. 10. §. 10. D. quae in fraud. cred. (42, 8), l. 1. C. si min. se ab her. abstin. (2, 39), l. 1. C. si tut. vel cur. (2, 25), l. 1. C. de reput. quae fiunt (2, 48), l. 16. l. 18. C. de iure delib. (6, 30), l. 8. §. 1, 3, 6. C. de bon. quae lib. (6, 61), Nov. 119. c. 6.

36) §. 5. I. de eo cui bona lib. causa addic. (3, 4), l. 7. §. 7. l. 11. §. 5. D. de minor. (4, 4), l. 17. D. ex quib. caus. mai. (4, 6), l. 1. §. 2. D. de collat. (37, 6), l. 6. C. de repud. hered. (6, 31), l. 8. §. 6. C. de bon. quae lib. (6, 61), l. 2. C. si min. se ab hered. abstin. (2, 39), l. 1. C. si ut omiss. hered. (2, 40), Tit. C. Greg. si certum pet. (3, 1).

37) l. 1. §. 17. D. de separat. (42, 6).

ferner in Rückſicht der Erfüllung von Verbindlichkeiten, wenn entweder der Creditor oder der Debitor dabei verletzt worden iſt [38]; ja ſogar in Rückſicht der Folgen unerlaubter Handlungen und Unterlaſſungen, wo indeſſen die Reſtitution nur in einem ſehr beſchränkten Umfange erlaubt iſt [39].

V. Endlich gegen die Rechtsgeſchäfte, Beſtimmungen und Entſcheidungen, welche Andere in Beziehung auf die Perſon, die Sachen und die Rechte Jemandes, kraft einer ihnen dazu zuſtehenden Befugniß vorgenommen haben, wie wenn der Pfandgläubiger das Pfand verkauft [40], der Vormund für ſeinen Mündel, der Vater für ſeinen filiusfamilias gehandelt hat [41]; oder wenn Jemand zu einem Amt erwählt worden iſt, welches er nicht willkührlich ablehnen darf [42]; oder wenn ſich Jemand durch ein obrigkeitliches Decret [43],

38) l. 7. §. 2. u. 7. l. 25. pr. l. 40. §. 1. D. de minor. (4, 4), l. 98. §. 2. D. de solut. (46, 3), l. 1. l. 2. C. si adv. solut. (2, 33).

39) M. ſ. unten Note 72.

40) Paul. I, 9. §. 8., l. 9. pr. D. de minor. (4, 4), l. 7. §. 1. D. de distr. pign. (20, 5), l. 1. C. si adv. vend. pign. (2, 29), l. 3. C. si adv. fisc. (2, 37), l. 1. l. 2. C. de praed. et al. reb. min. (5, 71).

41) l. 8. D. de in integr. rest. (4, 1), l. 3. §. 7. l. 29. pr. l. 39. §. 1. D. de minor. (4, 4), l. 2-5. C. si tut. vel cur. (2, 25), l. 5. C. si adv. rem iud. (2, 27), l. 2. C. si adv. vend. (2, 28), l. 8. §. 6. C. de bon. quae lib. (6, 61), Paul. V, 12. §. 4.

42) l. 8. C. quando prov. non sit nec. (7, 65).

43) l. 4. pr. D. de decret. ab ord. fac. (50, 9), l. 15. §. 22, 32, 33. D. de damno infecto (39, 2), l. 2. §. 1. D. si ex nox. causa agatur

oder ein Urtheil [44]) verletzt findet. Selbſt gegen eine ertheilte Reſtitution kann man wieder Reſtitution bekommen, ſofern man dadurch in eine ſchlimmere Lage gekommen iſt, als worin man ſich vorher befand [45]).

Dieſe Zuſammenſtellung ſcheint nun freilich eine ganz unbegrenzte Anwendung der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand zu beſtätigen. Bei genauerer Nachforſchung ſtoßen wir aber dennoch auf mehrere natürliche Grenzen, welche dem Scharfblick der Römiſchen Juriſten auch nicht entgangen ſind.

(I) Die erſte dieſer Grenzen wird von **Ulpian** ſehr paſſend ſo bezeichnet, daß keine Reſtitution Statt finde,

(2, 9), l. 26. §. 6. l. 30. D. de nox. act. (9, 4).

44) Cic. in Verr. II, 5. c. 8, pro Cluent. c. 22, contra Rull. II, c. 4, Sueton. in Claud. c. 29, l. 1. §. 9 u. 10. D. de postul. (3, 1), l. 8. D. de in integr. rest. (4, 1), l. 16. §. 5. l. 17. l. 18. l. 29. §. 1. l. 42. D. de minor. (4, 4), l. 18. D. de interrog. in iure fac. (11, 1), l. 31. D. de iureiur. (12, 2), l. 33. D. de re iud. (42, 1), l. 1-5. C. si adv. rem iud. (2, 27). Auch die Erkenntniſſe der Römiſchen Kaiſer machten davon ſo wenig eine Ausnahme, l. 18. D. de minor. (4, 4), als nach Canoniſchem Recht die Entſcheidungen der Päbſte, c. 5. X. de in integr. rest. (1, 41).

45) l. 7. §. 9. D. de minor. (4, 4). Der anſcheinend widerſprechende Satz bei Paul. I, 7. §. 3. „Integri restitutio plus quam semel non est decernenda" bezieht ſich nur auf den Fall, wenn man eine ertheilte Reſtitution unbenutzt gelaſſen hat, z. B. die wiedergegebene Klage von Neuem hat verjähren laſſen, und daher dieſelbe Reſtitution zum zweiten Mal ſucht. M. ſ. §. 10. Nr. II, 2. Eine Ausnahme enthält übrigens l. 8. §. 6. C. de bon. quae lib. (6, 61), worüber §. 15. Nr. III. zu vergleichen iſt.

wo der Verletzte mero iure munitus ſey [46]. Geht man nämlich davon aus, daß die Reſtitution beſtimmt iſt, dem zu helfen, der durch das ſtrenge Recht beeinträchtigt wird, ſo ergiebt ſich von ſelbſt, daß dieſelbe wegfallen muß, wo man durch das poſitive Recht ſelbſt gegen Schaden geſichert iſt. Aus dieſem Grunde iſt die Reſtitution ausgeſchloſſen:

1. Wenn ein Rechtsgeſchäft, eine richterliche Verfügung u. ſ. w. null und nichtig iſt, weil es hier nicht erſt der Aufhebung auf außerordentlichem Wege bedarf [47].

2. Wenn die rechtlichen Folgen, welche in der Regel an gewiſſe Handlungen oder Unterlaſſungen geknüpft ſind, beſonderen Beſtimmungen zufolge in einzelnen Fällen nicht eintreten ſollen, indem auch wiederum in den Fällen, wo ſolche Ausnahmen Statt finden, die Reſtitution ganz überflüſſig iſt [48].

46) l. 16. pr. D. de minor. (4, 4).

47) l. 16. §. 1 u. 3. D. eod. l. 21. §. 3. D. quod met. causa (4, 2), l. 2. C. si adv. donat. (2, 30), l. 4. C. in quib. caus. in integr. rest. nec. non est (2, 41), l. 3. C. de tut. vel cur. qui satis non dedit (5, 42). Daß die Berufung auf die Nichtigkeit durch unnöthige Erbittung der Reſtitution, dieſe mag bewilligt oder abgeſchlagen worden ſeyn, nicht verloren gehe, braucht kaum erſt bemerkt zu werden. Gail, Obs. for. II. Obs. 65.

48) Eine bloße Anwendung dieſes Princips iſt es, daß Minderjährige keiner Reſtitution gegen die Verjährung der actiones temporales bedürfen, und daher auch keine erhalten ſollen, da dieſe Verjährung nach Juſtinians Beſtimmung gar nicht gegen ſie läuft,

3. Wenn ein in rechtlichen Verhältniſſen Verletzter ordentliche Klagen und Einreden hat, um den Schaden von ſich abzuwenden, oder wenigſtens Erſatz dafür zu erlangen, da er auch hier ſich auf ſtreng rechtlichem Wege durch jene ordentlichen Rechtsmittel helfen kann, ohne erſt die Billigkeit für ſich in Anſpruch zu nehmen [49]. Weil jedoch die Möglichkeit anderer Rechtsmittel an ſich die Reſtitution nicht undenkbar macht, ſo leidet dieſe letztere Beſchränkung wieder mehrere Ausnahmen.

A. In mehreren Stellen wird es ſogar empfohlen, lieber die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand zu bewilligen, wo dies den Umſtänden nach geſchehen kann, als den Verletzten zu nöthigen, zu infamirenden Klagen, namentlich zur actio de dolo ſeine Zuflucht zu nehmen [50].

B. Wenn Vormünder nachtheilige Geſchäfte für ihre

l. 5. C. in quib. caus. in integr. rest. nec. non est (2, 41), was früher nur bei einzelnen Klagen galt, l. 2. C. eod. Andere Anwendungen enthalten l. 1. l. 3. C. eod. l. 5. C. de rest. mil. (2, 51), l. 4. l. 8. C. quib. non obiic. longi temp. praescr. (7, 35), l. 15. §. 6. D. quod vi aut clam. (43, 24), l. 12. D. de adq. hered. (29, 2), l. 10. pr. D. quemadm. servit. amitt. (8, 6), l. 40. pr. D. ex quib. caus. mai. (4, 6). Es iſt jedoch unmöglich, alle Fälle anzugeben, in welchen das obige Princip ſich wirkſam äußern kann, da es faſt in eben ſo vielen Beziehungen zur Sprache kommt, als es Ausnahmen von Rechtsregeln giebt.

49) l. 16. pr. l. 12. D. de minor. (4, 4).

50) l. 7. §. 1. D. de in integr. rest. (4, 1), l. 1. §. 6. l. 38. D. de dolo (4, 3).

Mündel und Curanden geſchloſſen haben, ſo ſteht es der Reſtitution der Letzteren gegen dieſe Geſchäfte nicht im Wege, daß auch die Vormünder auf Entſchädigung belangt werden könnten [51]), was übrigens gewiſſermaßen als eine ſpecielle Anwendung der vorigen Ausnahme betrachtet werden kann, da die actio tutelae bekanntlich zu den actionibus famosis gehört [52]).

C. Die Reſtitution wegen Zwang iſt immer zuläſſig, obgleich der Gezwungene ſich auch durch die actio quod metus causa oder die exceptio metus helfen kann [53]).

D. Eine vierte Ausnahme findet ſich in einer Stelle, die eine genauere Betrachtung verdient, weil ihr geſammter Inhalt nicht gerade auf der Oberfläche liegt:

„Ulpianus *libro XI ad Edictum.* Pomponius quoque refert libro vicesimo octavo: quum quidam heres rogatus esset, fratris filiae complures res dare ea conditione, ut, si sine liberis decessisset, restitueret eas heredi, et haec defuncto herede heredi eius cavisset, se restituturam, Aristonem putasse in integrum restituendam. Sed et illud Pomponius adiicit, quod potuit incerti condici haec cautio, etiam a ma-

51) M. ſ. §. 14. Note 11.

52) §. 2. I. de poen. tem. lit. (4, 16), l. 1. D. de his qui not. (3, 2), l. 42. D. de V. S. (50, 16), Cic. pro Rosc. Amer. c. 6. pro Caecina c. 3. C. J. Gupet, Abh. aus dem Gebiete des Civilr. Heidelb. 1829. Nr. 8.

53) l. 9. §. 3 u. 4. D. quod met. causa (4, 2). M. ſ. §. 19.

iore; non enim ipso iure sed per condictionem munita [54]) est [55])."

Der Fall iſt hier folgender: Einem minderjährigen Frauenzimmer ſind mehrere Sachen vermacht worden mit der beigefügten Reſolutivbedingung, daß die Sachen an den onerirten Erben zurückfallen ſollen, wenn die Legatarin etwa kinderlos ſterbe. Der Erbe iſt aber vor der Legatarin geſtorben, und es kommt alſo die Regel zur Anwendung, daß bei den in letzten Willensordnungen angeordneten Bedingungen derjenige, der in Folge des Eintritts der Bedingung etwas erhalten ſoll, dieſen Eintritt erleben muß, indem bedingte Succeſſionsrechte nicht auf die Erben des bedingt Berechtigten übergehen [56]). Damit unbekannt, leiſtet indeſſen die Legatarin dem Erben des verſtorbenen Erben Sicherheit wegen der künftigen Rückgabe der Sachen [57]). Hierwider ſoll ſie nun nicht bloß Reſtitution erlangen, ſondern, nach der Bemerkung des Pomponius, ſoll

54) Die Florent. Handſchr. lieſt hier munitus, was aber nicht ſo gut iſt; denn man müßte ſonſt das vorhergehende „etiam a maiore" imperſonell nehmen, während es ſich doch auf die fratris filia bezieht.

55) l. 16. §. 2. D. de minor. (4, 4).

56) l. 59. §. 6. D. de hered. inst. (28, 5), l. 65. §. 1. D. de legat. I. (30), l. 11. §. 6. D. de legat. III. (32), l. 59. l. 104. D. de cond. et demonstr. (35, 1).

57) „Cave" kann freilich auch die Ausſtellung einer Verſchreibung bezeichnen; ohne Zweifel iſt aber die cautio legatorum vel fideicommissorum servandorum causa gemeint.

ſie auch eine condictio incerti [58]) auf Liberirung von der Caution anſtellen können, und Letzteres ſelbſt wenn ſie ſchon majorenn wäre. Mehrere, namentlich Dompierre [59]), verſtehen freilich die Stelle anders. Sie faſſen die Worte: „sed et illud Pomponius adiicit" ſo auf, als tadle Pomponius die Zulaſſung der Reſtitution in dem vorliegenden Fall, und wolle nur die Condiction hier anerkennen. Mit Recht haben indeſſen Anton Faber [60]) und Glück [61]) dieſe gezwungene Erklärung verworfen. Daß jene Worte keine Berichtigung des Vorhergehenden, ſondern eine Ampliation ausdrücken ſollen [62]), dies wird durch den Nachſatz: „non enim ipso iure sed per condictionem munita est" über allen Zweifel erhoben. Denn dieſer Satz kann nur den Zweck haben, zu erklären, wie und warum es möglich ſey, neben der in integrum restitutio noch eine condictio zuzulaſſen, oder er verliert in der Verbindung, worin er ſteht, allen Sinn.

Nun entſteht aber noch die Frage, wie es zu verſtehen iſt, wenn hier das ipso iure und per condictionem munitum esse einander entgegengeſetzt wer-

58) D. h. hier die condictio indebiti oder sine causa, l. 31. D. de cond. indeb. (12, 6), l. 3. C. eod. (4, 5), l. 7. C. de non num. pecun. (4, 30).

59) Spec. de rest. in integr. tit. 1. §. 31.

60) Rational. ad Pand. ad leg. 16. §. 2. D. de minor.

61) Syſtem. Erläuter. der Pand. B. 5. S. 423.

62) Grade eben ſo kommt „Pomponius adiicit" vor in l. 3. §. 9. D. de minor. (4, 4).

den? Dies erklärt ſich aber aus der eigenthümlichen Natur der condictiones ex causa, da dieſe ſelbſt zu den Reſtitutionsklagen gehören [63]). Wer eine Sache geradezu vindiciren kann, iſt ipso iure munitus, weil er noch Eigenthümer der Sache iſt. Hingegen wer nur eine condictio ex causa hat, iſt nicht mehr Eigenthümer, ſondern hat nur ein Recht auf Umſtoßung des von dem Beklagten gemachten Erwerbes. Der in der Bemerkung des Pomponius zu Grunde liegende Gedanke iſt folglich, daß, weil durch die condictiones ex causa nicht minder als durch die Prätoriſche Reſtitution wirklich vorhandene Rechte umgeſtoßen würden, kein Grund vorhanden ſey, einem Verletzten bloß darum die Reſtitution zu verſagen, weil er auch durch eine condictio ex causa die Aufhebung der Läſion bewirken könnte.

Daraus ergiebt ſich aber wieder ein nicht unwichtiger Folgeſatz. Aus demſelben Grunde nämlich, aus welchem die condictiones ex causa die Reſtitution nicht ausſchließen ſollen, muß dies auch in Rückſicht aller anderen Civilreſtitutionen, ſo wie der Reſtitutionsklagen des ius honorarium behauptet werden, wo deren Bedingungen neben denen der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand begründet ſind, indem der Verletzte dadurch ebenfalls nicht ipso iure munitus iſt. In der Regel wird freilich ein Verletzter kein Intereſſe haben,

63) M. ſ. die Einleitung I, 1. A. S. 8.

um die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand zu bitten, wo ihm andere Reſtitutionswege offen ſtehen, weil er bei dieſen nicht von der richterlichen Gnade abhängig iſt. Es können aber doch Fälle vorkommen, in welchen das Gegentheil Statt findet, wofür Lauterbach[64]) das ſehr paſſende Beiſpiel anführt, wenn ein minderjähriger Verkäufer über die Hälfte verletzt worden iſt. Mit der actio venditi aus Diocletians Verordnung über die laesio ultra dimidium zu klagen, iſt hier nicht ſo vortheilhaft, als die Prätoriſche Reſtitution zu erbitten, weil bei dieſer nicht bewieſen zu werden braucht, daß man nicht ein Mal die Hälfte des Werthes der Sache dafür erhalten habe, auch dem Gegner die Befugniß abgeſchnitten iſt, durch Ergänzung des Kaufpreiſes bis zum vollen Werthe die Rückgabe der Sache abzuwenden. Auf dieſe Weiſe erhalten wir zugleich einen einfachen Erklärungsgrund für die Regel, daß ein Gezwungener die Wahl habe, ob er um Reſtitution anſuchen, oder ſich der actio oder exceptio metus bedienen wolle[65]). Dies erſcheint nun nicht mehr als etwas Singulaires, als eine beſondere Ausnahme, ſondern gerade nur als die Anwendung einer ſehr weitgreifenden Regel, weil die actio quod metus causa auch zu den Reſtitutionsklagen gehört.

Manche gehen aber noch weiter, indem ſie über-

64) Colleg. theor. pract. IV, 1. §. 8.

65) l. 9. §. 3 u. 4. D. quod met. causa (4, 2).

haupt den Grundſatz aufſtellen, daß, wenn die einem Verletzten zuſtändige Klage oder Einrede denſelben nicht eben ſo vollſtändig von allem Nachtheil befreie, wie die Reſtitution, dieſe niemals dadurch unzuläſſig werde [66]), und dies läßt ſich in der That auch vollkommen vertheidigen, aus dem einfachen Grunde, daß derjenige nicht wahrhaft iure munitus iſt, der durch ordentliche Rechtsmittel ſich doch nur theilweiſe von einem erlittenen Schaden befreien kann. Geſetzt, Jemand hätte, gezwungen, oder betrogen, oder als Minderjähriger, die Schuld eines Anderen durch Novation übernommen, für eine ihm vom liberirten Debitor gegebene Sache, die aber von einem Dritten als ſein Eigenthum vindicirt würde, ohne daß beim Geber, wegen Inſolvenz deſſelben, Evictionsleiſtung zu erlangen ſtände. Das ordentliche Rechtsmittel wäre alſo hier unwirkſam, während durch Umſtoßung der Novation der Lädirte von allem Nachtheil befreit werden könnte. Wirklich giebt es nun auch Stellen, welche die Zuläſſigkeit der Reſtitution in ſolchen und ähnlichen Fällen, wo das ordentliche zuſtändige Rechtsmittel nicht genügend hilft, beſtätigen [67]); und eben dies thut der Römiſche Grundſatz, daß von Rechtsmitteln, die an ſich

66) Hoffacker, Princ. iur. §. 809., Glück, a. a. O. pag. 436., Thibaut, Pandektenſyſtem §. 1002.

67) l. 12. l. 13. §. 1. l. 14. D. de minor. (4, 4).

nur electiv zuſtehen, das eine doch ſogar hinter dem anderen gebraucht werden kann, wenn es noch mehr Vortheile gewährt als dieſes [68]).

Das Reſultat dieſer Ausführung iſt demnach, daß die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand allerdings ein ſubſidiaires Rechtsmittel iſt, daß aber diejenigen doch ſehr irren, welche, wie z. B. Dompierre, dieſelbe unbedingt für ſubſidiair erklären, da die Ausſchließung der Reſtitution durch die Anwendbarkeit ordentlicher Rechtsmittel mehrere höchſt bedeutende Ausnahmen leidet.

(II) Eine zweite natürliche Grenze der Reſtitution liegt darin, daß der Verletzte ſich nicht durch ſein eigenes Verſehen den erlittenen Schaden zugezogen haben muß. Niemand kann ſich mit Grund über die Strenge und Unbilligkeit eines Rechtsſatzes beſchweren, der es ſeiner eigenen Schuld allein beimeſſen muß, daß derſelbe auf ihn und ſeine Verhältniſſe zur Anwendung gekommen iſt. Iura vigilantibus sunt scripta, und alle Kraft und Bedeutung der Rechtsvorſchriften ginge verloren, wenn demjenigen, der aus bloßer Nachläſſigkeit ſeine Rechte wahrzunehmen verſäumt, oder der aus einer ganz unverzeihlichen Unwiſſenheit oder Unbeſonnenheit, oder gar mit vollem Bewußtſeyn des ihn,

68) l. 34. pr. l. 41. §. 1. D. de O. et A. (44, 7), l. 2. §. 3. D. de privat. del. (47, 1), l. 1. l. 11. D. arb. furt. caes. (47, 7), l. 7. §. 1. D. commodati (13, 6).

treffenden Schadens, ſich in ein nachtheiliges Geſchäft eingelaſſen hat, eben ſo gut geholfen würde, als dem, der z. B. durch eine gerechte Abweſenheit, oder durch entſchuldbaren Irrthum, oder durch Zwang und Betrug, verletzt worden iſt. Nichts iſt daher verſtändiger, ja nothwendiger als die Regel, daß man gegen die durch eigene Schuld erlittenen Schäden keine Reſtitution erlangen könne [69]), wovon die Ausſchließung der Reſtitution gegen die Folgen unſerer unerlaubten Handlungen [70]) ein bloßer Folgeſatz iſt. Wir treffen hier jedoch auf eine durchgreifende Ausnahme. Bei Minderjährigen werden nämlich ihre Verſehen und Nachläſſigkeiten auf ihre Jugend zurückgeführt, und dieſe wird als der unvermeidliche Grund behandelt, weshalb es ihnen an der zur Vermeidung von Schaden erforderlichen Erfahrung, Vorſicht und Beſonnenheit gebricht. Daher iſt bei Minderjährigen die Reſtitution gerade hauptſächlich beſtimmt, ihnen gegen ihre Verſehen zu helfen [71]), und dies geht ſogar ſo weit, daß ihnen ſelbſt wider die Folgen ihrer unerlaubten Handlungen Wiedereinſetzung in den vorigen Stand bewilligt wird, ſo ferne dieſe Handlungen aus bloßer culpa und nicht aus

69) l. 15. §. 3. l. 16. l. 26. §. 1 u. 6. D. ex quib. caus. mai. (4, 6), l. 2. §. 4. D. de cap. min. (4, 5), l. 2. C. de instit. et substitut. (6, 25).

70) l. 37. §. 1. D. de minor. (4, 4), l. 26. §. 6. D. ex quib. caus. mai. (4, 6), l. 2. §. 3. D. ad SCt. Vellei. (16, 1), und die Stellen in Note 72.

71) M. ſ. unten §. 14.

dolus, dem begreiflicherweiſe die Jugend nicht als Entſchuldigungsgrund dienen kann, hervorgegangen ſind[72].

(III) Als eine dritte im Weſen der Reſtitution liegende Schranke derſelben haben wir zu betrachten, daß die Verletzung, welche aufgehoben werden ſoll, nicht aus einem Zufall, casus, herrühren darf. Im Allgemeinen verſteht ſich das von ſelbſt; denn es würde bei den meiſten caſuellen Schäden völlig ſinnlos ſeyn, von einer Wiederherſtellung des früheren Zuſtandes auf juriſtiſchem Wege, durch einen obrigkeitlichen Spruch, zu reden. Die Regel bezieht ſich aber auch eigentlich nur auf den Fall, wenn an ſich ihrem Inhalt zufolge nicht verletzende Rechtsgeſchäfte, Urtheile u. ſ. w. durch einen hinterher ſich ereignenden Caſus nachtheilig werden. Ein ſolcher Unglücksfall ſoll nun nicht zur Aufhebung des Geſchehenen berechtigen, weil dadurch keine Unbilligkeit ausgeglichen, keine Härte des Rechts beſeitigt, ſondern nur die in der Natur der Sache liegende Regel, daß jeder den ihn treffenden Zufall ſelbſt tragen müſſe, auf den Kopf geſtellt, und willkührlich einem Unſchuldigen ein ihn nichts angehender Schaden aufgebürdet würde[73]. Conſequent iſt indeſſen davon wieder eine Ausnahme für den Fall

72) l. 9. §. 2 u. 3. l. 37. §. 1. D. de minor. (4, 4), l. 16. §. 9. D. de public. (39, 4), l. 36. l. 38. §. 7. D. ad leg. Iul. de adulter. (48, 5), l. 1. l. 2. C. si adv. del. (2, 35), l. 4. C. de incest. nupt. (5, 5), Paul. I, 9. §. 1.

73) l. 11. §. 4 u. 5. D. de minor. (4, 4).

gemacht, wenn gerade das Verletzende eines Geſchäfts darin beſteht, daß daſſelbe einen Gegenſtand hat, welcher ſehr dem Zufall ausgeſetzt iſt, wie wenn Jemand eine Erbſchaft angetreten, deren Capitalien ſehr unſicher ſtehen, oder die viele leicht verderbende Sachen enthält, oder eine auf irgend eine Weiſe außerſtgefährdete Sache gekauft hat. Ereignet ſich nun einer der zu beſorgenden Unfälle, ſo weiſt ſich dadurch nur aus, daß wirklich das Geſchäft nachtheilig ſey, und iſt man daher durch Zwang oder Betrug zu einem ſolchen gefährlichen Geſchäft beſtimmt worden, oder iſt man minderjährig, dann gilt der Caſus hier auch als eine die Reſtitution begründende Läſion. Nur verſteht es ſich dabei, daß die Gefahr wirklich ſchon zur Zeit des Geſchäftes vorhanden geweſen ſeyn muß; bei Zufällen, die einen ſpäteren Grund haben, iſt wieder das: casum sentit dominus zur Anwendung zu bringen [74]).

Vielleicht laſſen ſich aber noch zwei andere Ausnahmen rechtfertigen. Ulpian ſagt freilich ganz allgemein, wer einen Sklaven gekauft habe, könne nicht darum Reſtitution erhalten, weil der Sklave geſtorben ſey [75]). Dies könnte jedoch ſehr wohl nur auf den Fall gehen, wenn durch Tradition des Sklaven ſchon das Eigenthum übertragen worden war, alſo die natürliche Regel, daß der Eigenthümer den Caſus tragen muß, Platz greifen kann. Nun tritt zwar in dem Fall,

74) l. 11. §. 5. D. cit. 75) l. 11. §. 4. D. cit.

wenn eine gekaufte Sache vor der Tradition zu Grunde gegangen iſt, wieder die Regel ein: Casum sentit emptor[76]; allein dieſe iſt keineswegs auch ein natürlicher Grundſatz, ſondern ein wahres, dem Römiſchen Recht eigenthümliches strictum ius, und beachtet man dies, ſo iſt in der That nicht abzuſehen, warum ein gezwungener Käufer nicht durch Reſtitution von der Bezahlung der, vor der Ablieferung an ihn, zu Grunde gegangenen Sachen befreit werden ſollte, auch wenn er unmittelbar durch den Kauf nicht verletzt worden wäre. Der Zwang enthält hier doch die Veranlaſſung, daß eine harte poſitive Regel auf den Käufer zur Anwendung kommen kann. Bloß auf den Grund der Minderjährigkeit würde hier indeſſen keine Reſtitution bewilligt werden können. Denn bei Minderjährigen muß immer die Läſion auf ihre Unvorſichtigkeit zurückgeführt werden können, wenn ihre Minderjährigkeit einen Reſtitutionsgrund abgeben ſoll. Dies iſt aber unmöglich, wo der Handel an ſich nicht verletzend iſt; der Schaden, den der Minderjährige hier durch den Untergang der Sache erleidet, würde ihn eben ſo wohl getroffen haben, wenn er auch majorenn geweſen wäre; und wo ein Minderjähriger bloß iure utitur communi, d. h. von einem Rechtsſatze Nachtheil hat, ohne daß ſeine Jugend dabei den geringſten Einfluß hätte, da iſt

76) §. 3. I. de empt. vend. (3, 23), l. 34. §. 6. D. de contr. empt. (18, 1). l. 6. C. de peric. et comm. (4, 48).

auch die Reſtitution wegen Minderjährigkeit ausgeſchloſſen [77]).

Die zweite problematiſche Ausnahme betrifft dagegen gerade Minderjährige. Wie ſchon beiläufig (§. 5.) erwähnt worden iſt, können dieſe gegen die Verbindlichkeit aus Verträgen reſtituirt werden, ſo ferne keine versio in rem Statt gefunden hat [78]). Dies gilt nun entſchieden, wo ſie ſelbſt daran Schuld ſind, daß es an der versio in rem fehlt, wie wenn ſie das ihnen geliehene Geld nutzlos vergeudet, oder verloren haben. Um ſo mehr ſollte man glauben, müſſe daſſelbe gelten, wenn ein reiner Caſus die versio in rem gehindert habe [79]). Aber das argumentum a minori ad maius iſt hier bedenklich, weil im Fall des Caſus der Schaden wieder nicht mit der Jugend in Verbindung ſteht, alſo die eben vorgekommene Regel über den minor qui iure utitur communi auch hierher bezogen werden kann. Die Stellen, welche von der Reſtitution

77) l. 51. §. 4. D. de fideiussor. (4, 4), l. 116. §. 1. D. de R. I. (50, 16), l. ult. C. de in integr. rest. min. (2, 22).

78) l. 11. §. 6. l. 24. §. 4. l. 27. §. 1. l. 34. pr. D. de minor. (4, 4), l. 32. §. 4. D. de admin. tut. (26, 7), l. 95. §. 3. D. de solut. (46, 3), l. 1. l. 2. C. si advers. cred. (2, 38).

79) Dies iſt vermuthlich der Gegenſtand einer mir nicht zu Geſicht gekommenen Schrift von Dabelow: Erweis, daß ein nicht durch ein unternommenes Geſchäft ſelbſt, ſondern durch einen daſſelbe begleitenden bloßen Zufall verletzter Minderjähriger nicht in allen Fällen von der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand auszuſchließen ſey. Halle 1791.

wegen mangelnder versio in rem handeln, ſprechen auch größtentheils nur davon: si minor dissipavit, vel consumsit vel perdidit pecuniam, und die anderen, welche dergleichen Ausdrücke nicht enthalten, äußern ſich gar nicht über die Art und Weiſe des Verluſtes. Daher iſt es zum Mindeſten ſehr zweifelhaft, ob die hier berührte Ausnahme wirklich anerkannt werden dürfe.

(IV) Die letzte Beſchränkung der Reſtitution, welche hier berückſichtigt werden muß, iſt die wichtigſte von allen. Vergleicht man ſämmtliche zu Anfang dieſes Paragraphen angegebenen Beiſpiele von Reſtitutionen, oder vielmehr die auf dieſe Beiſpiele bezüglichen Stellen, ſo wird man bemerken, daß die Wiedereinſetzung immer nur in Beziehung auf Ereigniſſe vorkommt, welche, durch unmittelbare Aenderung der rechtlichen Verhältniſſe Jemandes, dieſem geſchadet haben. Es laſſen ſich jedoch unzählige Fälle denken, in welchen Rechtsgeſchäfte und andere Begebenheiten, ohne in Rückſicht unſerer Rechte und Verbindlichkeiten etwas zu ändern, uns doch mittelbar ſehr nachtheilig ſind. Am einfachſten zeigt ſich dies bei Verträgen Anderer, welche, ohne in unſere Verhältniſſe einzugreifen, folgeweiſe unſer Intereſſe verletzen, wie wenn Jemand ſein Haus an einen Handwerker verkaufte, der durch ſein lärmendes oder übelriechendes Gewerbe, die Miethsleute der Nachbaren vertreibt, und den Werth der um=

herliegenden Wohnungen dadurch bedeutend vermindert. Unſtreitig iſt es aber nichts Zufälliges, wenn nirgends der Reſtitution in Anſehung ſolcher bloß mittelbaren Verletzungen Erwähnung geſchieht. Nur wo wir Rechte verloren oder neue Verbindlichkeiten erhalten haben, oder wo beſchränkende Rechte, wie Servituten u. d., an unſeren Sachen begründet, oder wo wenigſtens unſere vorhandenen Rechte und Verbindlichkeiten geändert worden ſind, ſey es durch unſere eigenen Handlungen oder Unterlaſſungen, oder ſey es durch geſetzmäßige Diſpoſitionen Anderer, iſt Reſtitution möglich, niemals aber gegen Ereigniſſe, welche keine directe Einwirkung auf unſere Rechtsſphäre enthalten, mögen ſie in ihren Folgen auch noch ſo unzuträglich für uns ſeyn. Daraus erklärt ſich eine merkwürdige Aeußerung von Severus Alexander, welcher auf die an ihn ergangene Anfrage, ob ein Minderjähriger auch gegen die Excuſation ſeines Vormundes reſtituirt werden könne, reſcribirte: „nullas partes esse Praetoris, neque enim contractum proponi cum minore annis vigintiquinque [80].“ Der hier aufgeſtellte Grund iſt zwar buchſtäblich genommen ganz verkehrt, da die Reſtitution nicht bloß Verträge betrifft; aber es liegt darin die nur nicht klar genug ausgedrückte Idee, daß hier nicht von einer unmittelbaren, ſondern nur von einer mittelbaren Verletzung die Rede ſey, indem die Niederlegung

80) l. 11. §. 2. D. de minor. (4, 4).

der Vormundſchaft an ſich nichts in den rechtlichen Verhältniſſen des Curanden ändere, ihm weder, wie ein Vertrag, Rechte gebe oder entziehe, noch Verbindlichkeiten auferlege.

In der That würde man ſich auch nie auf die Rechtsbeſtändigkeit irgend eines Geſchäftes verlaſſen können, wenn ein an ſich unbetheiligter Minderjähriger Aufhebung deſſelben zu erwirken vermöchte, weil das Geſchäft ihm folgeweiſe nachtheilig wäre. Die Reſtitution erhielte dadurch eine unberechenbare Ausdehnung, welche die Rechtsſicherheit auf die empfindlichſte Weiſe gefährden müßte. Daß übrigens das hier Geſagte nicht damit in Widerſpruch ſteht, daß doch Reſtitution gegen den Pfandverkauf durch den Gläubiger, gegen die Erwählung zu einem Amt, gegen Geſchäfte des Vormundes für ſeinen Mündel, und gegen obrigkeitliche Decrete und Entſcheidungen zuläſſig iſt, wird keiner Nachweiſung bedürfen. Denn in allen dieſen Fällen wird eine wahre Aenderung der rechtlichen Verhältniſſe des Verletzten hervorgebracht, nicht bloß indirect und mittelbar ein Schaden für ihn begründet.

§. 10.

b. Poſitive Beſchränkungen der Reſtitution.

Wir haben im vorigen Paragraphen die allgemeinen Grundſätze über die Anwendung der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand kennen gelernt. Es giebt aber noch eine Anzahl poſitiver Beſchränkungen, die einzeln aufgezählt werden müſſen. Einige von dieſen, welche nur die Reſtitution wegen Minderjährigkeit betreffen, werden zwar am paſſendſten bei dieſer abgehandelt, die anderen dagegen gehören hierher.

I. Deſcendenten können gegen ihre Aſcendenten, Freigelaſſene gegen ihre Patrone keine Wiedereinſetzung in den vorigen Stand erhalten [1]). Die Römiſchen Juriſten waren darüber zwar verſchiedener Meinung. Mehrere wollten die Reſtitution gegen Eltern und Patrone doch wenigſtens dann zulaſſen, wenn ſehr erhebliche Gründe dafür vorhanden, oder jene Perſonen

1) Daraus erklären ſich die personae speciali lege exceptae, wenn Gajus in l. 27. §. 4. D. de minor. (4, 4) ſagt: Adversus eos quoque restitutio praestanda est, quorum de dolo agere non permittitur, *nisi si quaedam personae speciali lege exceptae sint.*" Die letzten Worte für ein emblema Triboniani zu halten, wie von Vielen geſchieht, z. B. von Cuiac. ad leg. 11. D. de dolo (Glück Comm. B. 5. S. 463. Note 17), dazu iſt kein Grund vorhanden, da man ſchon vor Juſtinian Eltern und Patrone von der Reſtitution ausnahm, wie l. 2. C. qui et adv. quos (2, 42) zeigt.

übelberüchtigt (turpes) wären; Andere dagegen wenigſtens dann, wenn nur aus einem Grunde Reſtitution geſucht werde, der keinen Vorwurf für die Eltern oder Patrone enthalte, wie Minderjährigkeit des Lädirten, nicht aber, wenn gerade Betrug oder Zwang von Seiten der Eltern oder Patrone als Fundament des Reſtitutionsgeſuchs aufgeſtellt würden [2]). Juſtinian hat aber mit Verwerfung dieſer älteren, dabei von ihm erzählten Meinungen, die obige Beſchränkung in ihrer angegebenen Allgemeinheit aufgeſtellt [3]). Doch hat man auch wieder verſchiedene Erklärungen der Juſtinianiſchen Verordnung verſucht. Praktiſch am wichtigſten würde die Erklärung ſeyn, welche die ganze Beſtimmung nur auf die Reſtitution wegen Minderjährigkeit bezieht, nicht auf die Reſtitution wegen Zwang, Betrug u. ſ. w., aus dem an ſich ſchon ganz ſchiefen Grunde, daß doch die actio de dolo in factum gegen Eltern und Patrone wegen ihrer doloſen Handlungen zuläſſig ſey [4]), ſich alſo gar nicht abſehen laſſe, weshalb die Reſtitution ausgeſchloſſen ſeyn

2) Der Grund dieſer letzteren Meinung war offenbar das Römiſche Princip, daß man Perſonen, denen man Ehrfurcht ſchuldig ſey, keiner doloſen Handlungen zeihen dürfe. l. 11. §. 1. l. 12. l. 13. l. 17. §. 1. D. de dolo (4, 3), l. 5. pr. l. 7. §. 2. D. de obseq. (37, 15), l. 4. §. 16 u. 34. D. de doli except. (44, 4), l. 5. C. de dolo (2, 21).

3) l. 2. C. qui et advers. quos (2, 42).

4) l. 11. §. 1. D. de dolo (4, 3), l. 5. C. eod. (2, 21).

ſollte [5]). Dieſe Anſicht, welche im Weſentlichen mit der zweiten erwähnten Meinung Römiſcher Juriſten zuſammentrifft, kann aber nicht richtig ſeyn, weil ſie dem Zuſammenhange der Juſtinianiſchen Conſtitution geradezu widerſtreitet. Nachdem nämlich Juſtinian die verſchiedenen älteren Unterſcheidungen aufgezählt hat, ſo knüpft er daran den Schluß: Damit aber die Ehre, welche Eltern und Patronen gebührt, unverletzt erhalten werde, ſo verordnen wir, daß gegen Eltern beiderlei Geſchlechts und gegen Patrone unter keinen Umſtänden (nullo modo) Reſtitution bewilligt werden ſoll, indem die, Perſonen obliegende Pflicht zur Ehrfurcht, ſie von jeder Reſtitution ausſchließt. Hält man dieſen Schluß mit dem Vorhergehenden zuſammen, ſo kann augenſcheinlich nicht davon die Rede ſeyn, daß Juſtinian nicht ganz allgemein, ſondern nur in einzelnen Beziehungen die Reſtitution gegen Eltern und Patrone habe verwerfen wollen. Die actio in factum de dolo bleibt darum freilich nach wie vor gegen Eltern und Patrone zuläſſig [6]), wo die Be-

5) Vorzüglich wird dieſe Auslegung vertheidigt von I. H. Berger Enarrat. leg. 2. C. qui et adv. quos in integr. rest. non pot., qua utrum et quatenus liberi gesta parentum impugnare queant expenditur. Lips. 1705. 4.

6) Daß die actio in factum de dolo auch gegen Perſonen, denen man Ehrfurcht ſchuldig

dingungen derſelben begründet ſind; allein dies kommt hier gar nicht in Betracht, weil die eigentliche Wiedereinſetzung in den vorigen Stand und die Prätoriſchen Reſtitutionsklagen keineswegs immer parallel gehen.

Nicht ſo ganz verwerflich erſcheint dagegen die Meinung von Leyſer 7) und Glück 8), daß unter den parentes, von welchen Juſtinian ſpricht, nur leibliche Aſcendenten zu verſtehen wären, nicht auch Adoptiv- und Stiefeltern. Nur muß man dieſe Anſicht etwas beſchränken; denn in Anſehung des Adoptivvaters bei der Arrogation und der vollen Adoption läßt ſich dieſelbe nicht vertheidigen, weil dieſer rechtlich überall einem leiblichen Vater gleichſteht, was indeſſen nicht auch analog auf ſeine Frau anzuwenden iſt, die keineswegs Mutterrechte bekommt 9). Leyſer glaubt freilich gerade in Betreff des Adoptivvaters eine ausdrückliche Stelle für ſich zu haben 10); allein dieſe enthält nur eine beſondere Ausnahme, wie gleich erhellen wird. Die Ausſchließung der Reſtitution gegen Eltern und Patrone leidet nämlich auch wieder ein Paar Ausnahmen.

iſt, zugelaſſen wird, kommt daher, daß bei dieſer Klage nicht ausdrücklich Dolus als Klagfundament aufgeſtellt wird. l. 11. §. 1. D. de dolo (4, 3). M. ſ. §. 20.

7) Med. ad Pand. Spec. 57. med. 1.

8) Glück Comm. B. 5. S. 465.

9) l. 10. §. 1. C. de adopt. (8, 48).

10) Nämlich l. 3. §. 6. D. de minor. (4, 4).

1. Die eine findet ſich in zwei Anwendungen, bei welchen eine gemeinſchaftliche Grundidee wohl nicht zu verkennen iſt. Ein Arrogirter kann gegen die Arrogation, ein Adoptirter gegen die Adoption in den vorigen Stand geſetzt werden [11]), und wenn eine Emancipation durch einen Urtheilsſpruch für ungültig erklärt worden iſt, ſo iſt es auch erlaubt, dies Erkenntniß durch Reſtitution wieder aufzuheben [12]). In beiden Fällen wird hier gegen den Vater, in deſſen Gewalt man ſich befindet, Reſtitution zugeſtanden, aber in beiden Fällen iſt es gerade die väterliche Gewalt ſelbſt, welche ſoll umgeſtoßen werden können, und dieſer Umſtand gewinnt Bedeutſamkeit durch Vergleichung mit einem anderen Satz des Römiſchen Rechts. Der Vater braucht nicht mit ſeinem widerſpenſtigen Sohn Proceß zu führen, ſondern kann Selbſthülfe anwenden; ſobald jedoch der Sohn die Gewalt ſelbſt beſtreitet, muß der Vater allerdings ſein Recht der gerichtlichen Entſcheidung unterwerfen. Aehnlich hier. Im Allgemeinen iſt der Vater vor Reſtitutionsgeſuchen ſeiner Kinder geſichert; aber iſt gerade ſeine väterliche Gewalt das, was ſeine Kinder beeinträchtigt, alsdann muß er ſich die obrigkeitliche Cognition gefallen laſſen, und folgeweiſe auch die Aufhebung ſeiner verletzenden

11) L. 3. §. 6. D. cit. l. 6. §. 1. D. de bon. poss. (37, 1), l. 9. pr. C. Th. de bonis damnat. (9, 42).

12) L. 2. C. si adv. rem iud. (2, 27).

Gewalt. So gefaßt, erhalten wir nun einen beſtimmten Begriff und eine feſte Grenze für die hier betrachtete Ausnahme, welche ſich darnach folgendermaßen bezeichnen läßt:

So oft filiifamilias durch die Adoption, Arrogation oder Legitimation, durch welche ſie in väterliche Gewalt gekommen ſind, oder durch das Urtheil, welches ſie für filiifamilias erklärt hat, verletzt zu ſeyn behaupten, ſteht die allgemeine Unſtatthaftigkeit der Reſtitution gegen Eltern, ihrer Wiedereinſetzung in den vorigen Stand nicht im Wege.

2. Eine zweite Ausnahme hat Juſtinian eingeführt, für den Fall wenn Eltern die Vormundſchaft über ihre Kinder führen, und in dieſem Verhältniß etwas vorgefallen iſt, was letzteren Anſpruch auf Reſtitution gewährt [13]). Dabei iſt es aber ſtreitig, ob dieſe Ausnahme allgemein, oder nur von der Mutter, welche als Vormünderin ihrer Kinder zum zweiten Mal geheirathet hat, zu verſtehen iſt [14]). Die beſchränktere Auffaſſung wird dadurch unterſtützt, daß die Novelle, worin Juſtinian dieſe Ausnahme aufgeſtellt hat, durch die Wiederverheirathung einer Mutter vor beendigter Vormundſchaft über ihre Tochter veranlaßt

13) Nov. 155. c. 1.

14) Für Erſteres ſind z. B. Voet ad Pand. IV, 1. §. 15. und Thibaut Pand. §. 1002; für Letzteres Cuiacius Exposit. Novell. ad Nov. 155. und Glück Comm. B. 5. S. 465 f.

iſt [15]), vorzüglich aber durch die versio vulgata, welche die Worte des Griechiſchen Textes: „διὰ τὸ περὶ τῶν ἀναδεδεγμένων τὴν τῶν οἰκείων παίδων ἐπιτροπὴν τὸν νόμον μηδὲν διαλέγεσθαι," ſo wiedergiebt: „propterea quod nihil lex (sc. l. 2. C. qui et adv. quos 2, 42) de his disputet, *quae* filiorum suorum tutelam susceperunt." Freilich iſt das erſtere Griechiſche „τῶν" hier zweideutig, aber richtiger ſcheint es doch, wenn Hombergk zu Bach ſtatt quae, welches nur auf matres paſſen würde, qui, wobei an parentes zu denken iſt, ſetzt, weil die Juſtinianiſche Conſtitution, auf welche hier angeſpielt wird, bei anderen Eltern ſo wenig, als bei Müttern, ausdrücklich auf den Fall Rückſicht nimmt, wenn dieſelben die Vormundſchaft über ihre Kinder führen, alſo überhaupt nihil disputat de his, *qui* filiorum suorum tutelam susceperunt. Außerdem ſpricht auch für die Hombergkſche Ueberſetzung ein ſpäterer Satz der Novelle, nämlich: „Sancit etenim nostra potentia, ut omnis reverentia, quae parentibus debetur a liberis, item honor atque obsequium parentibus conservetur: *dum tamen nihil ab ipsis in illorum detrimentum fiat.*" Dieſer Satz kann nicht bloß auf Mütter bezogen werden. Doch darf man auch wiederum nicht mit Voet [16]) annehmen, daß Juſtinian durch dieſe Phraſe ſeine frühere Verord=

15) Nov. 115. Praefat. 16) ad Pand. IV, 1. §. 15.

nung in l. 2. C. qui et adv. quos (2, 42) aufgehoben habe, indem er ſichtbar in der Novelle nur eine Ausnahme machen will.

Weitere Ausnahmen kommen hier nicht vor; denn wenn Einige [17]) noch anführen, daß Kinder gegen Dritte reſtituirt werden können, mit welchen ihre Eltern als Vormünder, oder vermöge der väterlichen Gewalt für ſie contrahirt, oder einen Proceß geführt haben, ſo iſt dies allerdings gegründet [18]), aber keine Ausnahme von der entwickelten Beſchränkung der Reſtitution.

II. Die ein Mal geſuchte Reſtitution darf, wenn darüber wirklich entſchieden worden iſt, aus denſelben Gründen nicht zum zweiten Mal geſucht werden [19]). Es ſind hier zwei Fälle möglich:

1. Die Reſtitution iſt abgeſchlagen worden. Hier kann man zwar gegen den abweiſenden Beſcheid appelliren [20]) und daher heutzutage auch die anderen jetzt gegen Erkenntniſſe gebräuchlichen Rechtsmittel, wie Reviſion, Supplication u. ſ. w., ergreifen, aber die ein Mal rechtskräftig verworfene Reſtitution von Neuem zu ſuchen iſt, weil ſonſt des Suchens kein Ende ſeyn würde, verboten, gleich viel ob es unmittelbar durch

17) Z. B. Cocceii ius civ. contr. IV, 1. qu. 8. „Integri restitutio plus quam semel non est decernenda.“

18) M. ſ. §. 14. Note 7.

19) Pauli S. R. I, 7. §. 3.

20) l. 1. C. si saepius in integr. rest. postul. (2, 44).

Wiederholung derſelben Bitte geſchieht, oder mittelbar, indem man wieder gegen den abſchläglichen Beſcheid ſelbſt in den vorigen Stand geſetzt zu werden begehrt [21]). Nur wenn man A. einen neuen, bei dem erſten Geſuch nicht bekannten Reſtitutionsgrund entdeckt hat, iſt deshalb ein erneuertes Geſuch zuläſſig [22]), und das Canoniſche Recht fügt noch B. hinzu, wenn man rechtszeitig wider die Verſagung der Reſtitution zu appelliren verſäumt hat, und gegen dieſes Verſäumniß abermals um Reſtitution anhält, wobei aber doch auch ein neuer Grund, der die Nichtbeobachtung der Appellationsfriſt rechtfertigt, vorhanden ſeyn muß [23]).

2. Die Reſtitution iſt bewilligt worden, aber man hat wieder verſäumt, das dadurch hergeſtellte Recht zeitig geltend zu machen, wie wenn eine gegen den Ablauf der Beweisfriſt in den vorigen Stand geſetzte Parthei die Friſt zum zweiten Mal ungenutzt hat verſtreichen laſſen. Auch in dieſem Fall kann nur wegen neuer Gründe die ein Mal verſeſſene Reſtitution wiederum gewährt werden [24]).

Auf den Fall, wenn gegen eine ertheilte Reſtitu-

21) l. 1. C. cit.

22) l. 2. l. 3. C. eod. Die l. 38. pr. D. de minor. (4, 4) begründet keinen Widerſpruch, worüber §. 4. zu vergleichen iſt.

23) cap. 10. X. de in integr. rest. (1, 41).

24) l. 3. C. si saepius in integr. rest. post. (2, 44). Paul. I, 7. §. 3.

tion wieder Reſtitution geſucht wird, bezieht ſich dieſe Beſchränkung nicht. Die bewilligte Wiedereinſetzung in den vorigen Stand kann wieder aufgehoben werden, wie ſchon oben vorgekommen iſt [25]); allein dabei wird auch nicht ein früheres Reſtitutionsgeſuch erneuert, ſondern ein ganz entgegengeſetztes angebracht. Eben ſo wenig ſind wir berechtigt, dem Gegner des Reſtituirten allgemein Reſtitution gegen die dem Letzteren bewilligte Reſtitution zu verſagen. Allerdings wird davon ſelten die Rede ſeyn können; undenkbar iſt aber die Sache nicht, wie z. B. wenn Jemand betrüglicherweiſe die Reſtitution erſchlichen hätte, da Betrug auch als ein Reſtitutionsgrund gegen obrigkeitliche Entſcheidungen anerkannt iſt [26]).

III. Wenn der durch die Reſtitution zu beſeitigende Schaden viel geringer iſt als der Nachtheil, welchen die Umſtoßung des beſtehenden Zuſtandes für den Gegner des Reſtitution Suchenden herbeiführen muß, dann ſoll auch keine Wiedereinſetzung in den vorigen Stand bewilligt werden, damit dieſe nicht, aus einem Mittel wider unbillige Verletzungen, ſelbſt in einen Quell des Unrechts ausarte [27]). Als eine Anwendung dieſes Princips iſt es zu betrachten, daß die Reſtitution

25) M. ſ. oben §. 9. Note 45.

26) l. 33. D. de re iud. (42, 1).

27) l. 4. D. de in integr. rest. (4, 1), l. 24. §. 2. D. de minor. (4, 4), l. 6. C. de repud. hered. (6, 31). M. ſ. oben §. 8.

ebenfalls wegfallen ſoll, wenn Jemand dadurch einen Gewinn machen will, der nur mit dem baaren Schaden eines Anderen zu erlangen ſteht [28].

IV. Verzicht auf die Reſtitution, nachdem das Verhältniß oder der Umſtand, worin die iusta causa restitutionis liegt, aufgehört hat, macht dieſelbe auch für immer unzuläſſig, ſo ferne nicht Grund vorhanden iſt, auch den Verzicht ſelbſt wieder umzuſtoßen. In Rückſicht Minderjähriger, welche nach erreichter Volljährigkeit einen ſolchen Verzicht ausgeſtellt haben, iſt dieſes beſtimmt anerkannt, gleich viel ob der Verzicht unmittelbar, oder mittelbar durch Genehmigung des Geſchehenen erfolgt iſt, und ob man im letzteren Fall die Genehmigung ausdrücklich erklärt, oder ſtillſchweigends durch Fortſetzung oder Geltendmachung der während der Minderjährigkeit vorgenommenen Geſchäfte zu erkennen gegeben hat, wenn nur die Abſicht, der Reſtitution zu entſagen, gewiß iſt [29]. Nach der Regel aber, daß ſich jeder der zu ſeinem Beſten eingeführten Rechtswohlthaten in der einzelnen Anwendung begeben kann, indem beneficia non obtruduntur [30],

28) l. 18. l. 22. §. 1. D. ex quib. caus. maior. (4, 6), l. 17. §. 3. D. de usur. (22, 1), l. 34. pr. D. de minor. (4, 4), verglichen mit l. 11. §. 7. D. eod. M. ſ. oben §. 6.

29) l. 3. §. 1 u. 2. l. 20. §. 1. l. 21. l. 30. D. de minor. (4, 4), l. un. C. si in comm. eademque causa (2, 26), l. 1. l. 2. C. si mai. fact. rat. hab. (2, 46), Dompierre l. c. tit. 4. §. 90, Glück Comm. B. 5. §. 458. Nr. 3.

30) l. 29. C. de pact. (2, 3), l. 51. C. de episc. et cler.

verſteht ſich die Zuläſſigkeit der Entſagung auf Wiedereinſetzung in den vorigen Stand wegen Zwang, Betrug, Abweſenheit u. ſ. w., nachdem der Betrug erkannt, der Zwang oder die Abweſenheit vorüber iſt, von ſelbſt, und dies wird auch dadurch beſtätigt, daß das pactum ne dolus, vel vis, vel metus praestetur, zwar im Voraus geſchloſſen, nichtig iſt, nicht aber, wenn es in Betreff eines ſchon vorgefallenen Zwanges oder Betrugs eingegangen wird [51]).

V. Ferner findet keine Reſtitution Statt, wenn man dieſelbe gegen Geſchäfte ſucht, bei welchen man ſelbſt doloſe zu Werke gegangen iſt [52]), und

VI. eben ſo nicht gegen Straferkenntniſſe, die nur durch Begnadigung von Seiten der höchſten Staatsgewalt, aber nicht von anderen Behörden aus den gewöhnlichen Reſtitutionsgründen aufgehoben werden können [53]). Aus dieſen beiden Grundſätzen erklärt ſich

(1, 3), l. 69. D. de R. I. (50, 17), l. 19. §. 2. D. de donat. (39, 5).

31) l. 7. §. 16. l. 27. §. 3 u. 4. D. de pact. (2, 14), l. 17. pr. D. commod. (13, 6), l. 1. §. 7. D. depositi (16, 3), l. 23. D. de R. I. (50, 17).

32) l. 9. §. 2 u. 5. D. de minor. (4, 4), l. 26. §. 6. D. ex quib. caus. mai. (4, 6), l. 2. §. 3. D. ad SCt. Vell. (16, 1), l. 4. §. 26. D. de doli exc. (44, 4), l. 2. l. 3. C. si minor. se mai. dix. (2, 43), l. 1. C. qui et adv. quos (2, 42), l. 30. C. de transact. (2, 4), l. 1. C. Greg. II, 2.

33) l. 1. §. 9 u. 10. D. de postul. (3, 1), l. 37. §. 1. D. de minor. (4, 4), l. 45. §. 1. D. de re iud. (42, 1), l. 27. pr. D. de poen. (48, 19). Die ſcheinbar widerſprechende

eine Stelle, welche zu ſagen ſcheint, daß auch in Rückſicht der capitis diminutiones keine Reſtitution möglich ſey, und daher den Stellen widerſtreiten würde, welche bei der Arrogation und Adoption die Reſtitution zulaſſen. Sie lautet folgendermaßen:

Ulpianus libro XI ad Edictum. Papinianus ait: si maior annis viginti, minor viginti quinque se in servitutem venire patiatur, non solere restitui; *et hoc merito, quoniam res non capit restitutionem, cum statum mutat* [34].

Gleich aber der Umſtand, daß Ulpian in demſelben liber XI ad Edictum die Zuläſſigkeit der Reſtitution gegen eine Arrogation anerkannt hat [35], macht einen wirklichen Widerſpruch unwahrſcheinlich. Durch die Emendationen, welche Roever [36] und D'Arnaud [37] vorgeſchlagen haben, ſtatt quoniam res, lieber quoniam is, oder quoniam reus zu leſen, wird jedoch augenſcheinlich nichts gewonnen. Eher möchte es angehen, darauf Gewicht zu legen, daß Papi-

l. 1. §. 2. D. de leg. Iul. de amb. (48, 14) iſt nur von der Begnadigung zu verſtehen, welche ja auch in integrum restitutio heißt. M. ſ. §. 1. Note 50.

34) l. 9. §. 4. D. de minor. (4, 4).

35) Die l. 3. §. 6. D. eod. iſt auch aus Ulp. lib. XI ad Edict.

36) Diss. ad loca quaedam iur. civ. depravata c. 4. (in Oelrich. Thes. Diss. iurid. Vol. I. T. 1. p. 151).

37) Diss. de iure servor. et de his qui pret. participandi causa sese venumdari patiantur. Leovardi 1744. 4. cap. 10.

nian bloß gelehrt haben ſoll: non solere restitui, es ſey nicht gewöhnlich, in dem von ihm angegebenen Fall Reſtitution zu bewilligen, wodurch dann die Möglichkeit, daß es geſchehen könne, nicht geleugnet würde. Doch würde auch dadurch die Schwierigkeit nicht völlig gehoben, da dieſe eigentlich in dem Grunde liegt, aus welchem Ulpian dem Papinian beipflichtet. Der Zuſammenhang kann nur folgender ſeyn. Wir müſſen davon ausgehen, daß niemand, der bei einem Geſchäfte betrüglich verfährt, gegen die Folgen dieſes Geſchäftes Wiedereinſetzung in den vorigen Stand erhalten kann [38]). Ein ſolches betrügliches Geſchäft war es aber bei den Römern, wenn Jemand ſich pretii participandi causa als Sklave verkaufen ließ, wofür er zur Strafe wirklich Sklave des Käufers bleiben mußte, ſo ferne er zur Zeit dieſes Betruges ſchon 20 Jahr alt war [39]), und dieſer Fall iſt unverkennbar in unſerer Stelle gemeint. Daher ergiebt ſich nun die Schlußfolge von ſelbſt, daß die Reſtitution hier gerade des Betruges wegen von Papinian für unſtatthaft erklärt worden ſey. Ja, wir dürfen ſogar noch weiter gehen und behaupten, daß Ulpian ſelbſt eben

38) M. ſ. oben Note 31.

39) Ulp. Fragm. XI. §. 11. §. 3. I. de iure pers. (1, 3), §. 1. I. de cap. min. (1, 16), l. 7. pr. §. 1. D. de liber. causa (40, 12), l. 1. l. 3. D. quib. ad lib. procl. non lic. (40, 13), l. 2. D. si ingen. esse dic. (40, 14), l. 32. §. 6. D. de donat. int. V. et U. (24, 1), l. 2. pr. D. de fundo dot. (23, 5), l. 6. D. de in integr. rest. (4, 1).

dies in Papinians Bemerkung gefunden habe. Denn Ulpian handelt unmittelbar vorher, und nachher in der Stelle ex professo vom Dolus als einem Hinderniſſe der Reſtitution, ſo daß der Paragraph, mit dem wir hier zu thun haben, nur als ein zur Erläuterung dieſes Hinderniſſes eingeſchaltetes Beiſpiel erſcheint. Um ſo überflüſſiger iſt es daher freilich, daß Ulpian der Angabe Papinians noch einen anderen Erklärungsgrund beifügt; indeſſen können wir auch den wahren Sinn dieſes Erklärungsgrundes leicht ausmitteln. Gegen Strafen findet ja nämlich auch keine Reſtitution Statt, und dem, der ſich pretii participandi causa hatte verkaufen laſſen, konnte demnach auch aus dieſem Grunde nicht geholfen werden, weil der Nachtheil, wogegen er hätte reſtituirt werden müſſen, der Verluſt ſeines status, gerade ſeine Strafe war. Dies iſt der Gedankengang Ulpians geweſen, den er allerdings faſt zu kurz, und darum auch etwas dunkel angedeutet hat, der aber angenommen werden muß, indem, wenn allgemein die capitis diminutiones von der Reſtitution ausgenommen wären, was ſonſt allein gemeint ſeyn könnte, zahlreiche Spuren dieſes ſo wichtigen Satzes in den Quellen vorkommen müßten, nach denen man aber vergebens forſcht, auch Ulpian dann nicht ſelbſt die Reſtitution gegen eine Arrogation anzuerkennen vermöchte. Roever und D'Arnaud müſſen die Stelle gar nicht recht verſtan-

den haben. Das Wörtchen res iſt durchaus weſentlich, da nicht darauf der Nachdruck liegt, daß überhaupt von einer status permutatio die Rede ſey, ſondern darauf, daß die res, d. h. hier die **That**, die status permutatio herbeigeführt habe, nämlich als Strafe.

VII. So wie gegen Strafen nicht durch die Prätoriſche Reſtitution Abhülfe zu erlangen iſt, ſo iſt auf der anderen Seite auch wieder die Reſtitution ausgeſchloſſen, wenn Jemand ſeine auf Beſtrafung eines Anderen gerichteten Klagen durch Verjährung oder Verzichtleiſtung u. ſ. w. eingebüßt hat [40]). Dies kann zwar hauptſächlich nur bei Poenalklagen zur Anwendung kommen; aber doch auch bei den accusationibus privatis, d. h. den Accuſationen, welche nicht von jedem aus dem Volke, ſondern nur von beſtimmten Perſonen erhoben werden können [41]), wie die accusatio furti und iniuriarum [42]), und unſtreitig liegt darin der Grund, weshalb die einem im Dienſte abweſenden Soldaten zuſtehenden Accuſationen gar nicht verjähren ſollen [43]). Es wird dadurch bezweckt, die

40) l. 37. pr. §. 1. D. de minor. (4, 4), l. 18. D. ex quib. caus. mai. (4, 6), l. 7. §. 1. D. de iniuriis (47, 10).

41) l. 1. §. 3. D. de poenis (48, 19), l. 3. D. ad SCt. Turpill. (48, 16), l. 3. C. ubi senatores (3, 24). **Meine** Grundzüge des Rechtsſyſtems der Römer S. 216 f.

42) l. 94. D. de furtis (47, 2), l. 45. D. de iniur. (47, 10), §. 10. I. eod. (4, 4).

43) l. 40. pr. D. ex quib. caus. mai. (4, 6).

hier unzuläſſige Reſtitution unnöthig zu machen, indem die Römer es doch unbillig fanden, den Soldaten durch ſeinen Dienſt unwiederbringlich um ſein Klagrecht gegen den, der ihn durch Beleidigungen, Ehebruch, Diebſtahl und dergleichen gekränkt und in Schaden gebracht hatte, kommen zu laſſen.

VIII. In mehreren Fällen iſt die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand wider den Ablauf einer Verjährung unterſagt. Außer dem eben erörterten Fall, wenn Poenalklagen und Accuſationen verjährt ſind, findet dies noch Statt:

1. Wenn ein Ehemann die 60 Tage hat verſtreichen laſſen, nach deren Ablauf nicht bloß ihm, ſondern auch Andern die accusatio adulterii wegen des Ehebruchs ſeiner Frau zuſteht, und derſelbe nun Reſtitution gegen dieſe Verſäumniß, welche den Verdacht des Lenociniums wider ihn begründet, nachſucht [44]).

2. Wenn die fünf Jahre, innerhalb welcher, nach einem unter Domitian gegebenen Senatusconsultum Ninnianum oder Nonnianum, welches man in allen Rechtsgeſchichten vergebens ſucht [45]), die quae-

44) l. 37. §. 1. D. de minor. (4, 4), verglichen mit l. 4. §. 2. l. 11. §. 6. l. 14. §. 2. l. 30. §. 1. D. ad leg. Iul. de adulter. (48, 5), l. 30. C. eod. (9, 9).

45) M. ſ. über dies Senatusconſult Cuiacii Paratitla ad Cod. lib. VII. tit. 20 u. 21.

stio status in Betreff Verſtorbener angeſtellt werden muß, abgelaufen ſind [46]).

3. Wenn die querela inofficiosi verjährt iſt, es müßten denn ſehr dringende Reſtitutionsgründe vorhanden ſeyn [47]).

4. Wenn Reſtitution in Beziehung auf eine Sache, nicht gegen den, an welchen man ſie unmittelbar durch Veräußerung oder Uſucapion verloren hat, ſondern gegen einen dritten Beſitzer geſucht wird, und dieſer die Sache bereits per longum tempus beſeſſen hat [48]), ein Fall, der bei der Reſtitution wegen Abweſenheit und Minderjährigkeit ſehr leicht möglich iſt, indem hier erſt nach der Rückkehr und nach erreichter Volljährigkeit die Reſtitution erbeten zu werden braucht [49]).

5. Endlich wenn die der Reſtitution ſelbſt geſetzte Verjährungszeit verfloſſen iſt [50]). Begreiflicherweiſe wäre kein Ende des Reſtituirens zu finden, ſo ferne man auch gegen die der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand geſetzte Friſt reſtituirt werden könnte.

46) l. 6. C. ne de statu defunctor. (7, 21).

47) l. 8. §. 17. D. de inoffic. test. (5, 3). Deshalb war aber auch von Valerian beſtimmt worden, daß die querela inoffic. für Minderjährige gar nicht verjähren ſolle. l. 2. C. in quib. caus. in integr. rest. necess. non est (2, 41).

48) l. 3. C. de his quae vi (2, 20), l. 4. C. si quis ignor. rem min. (5, 73).

49) M. ſ. unten §. 24.

50) l. 20. pr. D. de minor. (4, 4).

Dies iſt daher durchaus verworfen, und ſogar ſo ſtreng, daß, wenn man zwar das Reſtitutionsgeſuch zeitig eingereicht hat, aber die Verhandlung bis über die Verjährungszeit hinaus hat liegen laſſen, die Reſtitution nicht mehr ertheilt werden darf [51]), ſo ferne nicht die Partheien übereingekommen ſind, die Sache etwas warten zu laſſen [52]), oder der Gegner die Verhandlung hingehalten hat [53]).

Viele behaupten aber, daß auch gegen den Ablauf der Klagenverjährung von 30 und mehr Jahren, alſo gegen die ſogenannte praescriptio longissimi temporis, keine Reſtitution bewilligt werden dürfe [54]). Das einzige beachtenswerthe Fundament dieſer Anſicht, ſind die von Theodos II. bei Einführung der dreißigjährigen Klagenverjährung gebrauchten Worte:

„non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda, sed pupillari aetate duntaxat (quamvis sub tutoris defensione consistat) huic eximenda sanctioni" [55]),

und dieſe Worte würden allerdings entſcheidend ſeyn, wenn es gegründet wäre, was Thibaut anführt,

51) l. 20. §. 1. D. eod.

52) l. 21. D. eod.

53) l. 39. §. 1. D. eod. l. 6. in fin. C. de tempor. in integr. rest. (2, 53).

54) Die neueſten Vertheidiger dieſer Anſicht ſind namentlich: Thibaut, Ueber Beſitz und Verjährung §. 65 u. 73 und Unterholzner, Von der Verjährung 2te Aufl. §. 136 u. 137.

55) l. 3. C. de praescr. XXX vel XL annor. (7, 39).

daß militia und absentia niemals Hinderniſſe der Verjährung, ſondern nur Gründe zur Reſtitution wider dieſelbe geweſen wären, daher hier auch nur an eine Verwerfung dieſer Reſtitutionsgründe gedacht werden könne. Aber es kommen in Rückſicht der actiones temporales eine Menge Fälle vor, in denen die Verjährung gegen Abweſende, gegen Soldaten, und überhaupt gegen die, welche bei der Reſtitution den Abweſenden gleich geſtellt werden [56], gar nicht laufen ſoll [57], und man braucht daher weiter nichts in den Worten des Theodos zu finden, als den Satz, daß Abweſenheit, Kriegsdienſt und andere dergleichen bei den actiones temporales vorkommende Hinderniſſe der Verjährung, dem Lauf der von ihm als Regel aufgeſtellten Verjährungszeit nicht im Wege ſtehen ſollen, und eben darum kann es auch nicht erlaubt ſeyn, mehr in jene Worte hineinzulegen. Für dieſe Erklärung ſpricht überdies die Verordnung Juſtinians, daß die temporales praescriptiones gegen Minderjährige gar nicht laufen ſollen, damit nicht erſt, wie früher, Reſtitution dawider nöthig ſey, daß dagegen in Anſehung der Ver-

56) M. ſ. über dieſe §. 11.

57) l. 40. pr. D. ex quib. caus. mai. (4, 6), l. 15. §. 6. D. quod vi aut clam (43, 24), l. 1. D. de divers. temporal. praescr. (44, 3), l. 3. C. de dolo (2, 21), l. 5. C. de rest. mil. (2, 51), l. 24. C. de rei vind. (3, 32), l. 4. l. 6. l. 8. C. quib. non obiic. longi temporis praescript. (7, 35).

jährung von 30 und 40 Jahren, Alles beim Alten bleiben ſoll [58]); denn Letzteres kann in dieſem Zuſammenhange nicht wohl anders verſtanden werden, als daß die Minderjährigen ſich gegen die praescriptio longissimi temporis nach wie vor durch Erbittung der Reſtitution helfen müſſen. Juſtinian will unverkennbar einen Gegenſatz zwiſchen den temporales praescriptiones und der praescriptio longissimi temporis aufſtellen, während er, nach der hier beſtrittenen Meinung, eine Gleichſtellung beabſichtigt hätte. Mit dem angegebenen Hauptfundament dieſer Meinung ſteht und fällt nun aber auch ein anderer daher entlehnter Grund, daß Anaſtaſius den, gegen welchen 40 Jahre hindurch nicht geklagt worden iſt, für völlig geſichert erklärt [59]). Müßte man das Hauptargument anerkennen, ſo könnte man zur Noth eine Beſtätigung deſſelben in dieſer Aeußerung ſehen. Die von Anaſtaſius gebrauchten Ausdrücke lauten ſo allgemein, daß dabei auch an ein Verbot der Reſtitution, wenn ein ſolches begründet wäre, gedacht ſeyn könnte. An ſich aber können ſo allgemeine Aeußerungen hier nichts beweiſen, ſonſt müßte man auch aus den Grundſätzen: „pacta sunt servanda" und: „res iudicata ius facit" ableiten können, daß Ver-

58) l. 5. C. in quib. caus. in integr. rest. necess. non est (2, 41).

59) l. 4. C. de praescr. XXX vel XL annor. (7, 39).

träge und Urtheile nicht durch Wiedereinſetzung in den vorigen Stand umgeſtoßen werden dürften, wie Cocceji richtig bemerkt hat [60]). Außerdem wiſſen wir ja, daß Anaſtaſius nur beabſichtigte, gegen die Chicanen zu ſichern, durch welche man die Theodoſiſche Conſtitution über die dreißigjährige Verjährung zu umgehen ſuchte. Bloß in Beziehung auf die Ausnahmen, welche ſich etwa von dieſer Conſtitution machen ließen, verheißt er nach Ablauf von 40 Jahren die plenissima securitas. Voet hat daher vollkommen Recht, die Unſtatthaftigkeit der Reſtitution gegen die praescriptio longissimi temporis für eben ſo unerweislich als unerwieſen zu erklären [61]), und daß auch der Gerichtsgebrauch ſich für die Möglichkeit dieſer Reſtitution entſchieden habe, bezeugen, außer Voet, noch ſehr viele der bekannteſten Praktiker [62]).

IX. Wider ein in Folge eines geſchwornen Haupteides gefallenes Urtheil iſt nur dann wegen entdeckter Urkunden auf den Grund des Irrthums Wiedereinſetzung in den vorigen Stand erlaubt, wenn der Eid vom Richter auferlegt, nicht wenn er von dem Reſtitution Suchenden deferirt ward [63]). Es beruht dies darauf, daß die Eidesdelation als ein Vergleich gilt,

60) Ius civ. contr. IV, 6. qu. 3.

61) Comm. ad Pand. IV, 4. §. 29.

62) Cocceii l. c. qu. 4. nennt deren eine Anzahl.

63) l. 31. D. de iureiur. (12, 2).

während der richterlich auferlegte Eid die Natur der Urtheile theilt, und daß zwar ein Urtheil, aber kein Vergleich durch ſpäter aufgefundene Urkunden entkräftet werden kann [64]).

X. Gegen den Verluſt dilatoriſcher Einreden wegen verſpäteter Vorſchützung ſoll ebenfalls keine Reſtitution ertheilt werden. Zu Gajus Zeit war dies zwar noch ſtreitig [65]), aber Kaiſer Julianus Apoſtata hat ſogar die Strafe eines Pfund Goldes darauf geſetzt, wenn ein Advocat um Zulaſſung der verlornen dilatoriſchen Einreden anhält [66]).

XI. Wenn der Fiscus in öffentlicher Auction zu ſeiner Befriedigung Sachen ſeines Schuldners verkauft hat, dann kann letzterer auch keine Reſtitution dawider erlangen [67]), ſo ferne nur der Verkauf in der gehörigen Form geſchehen iſt [68]). Es ſcheint dies eine Anwendung des Grundſatzes zu ſeyn, daß überhaupt an

64) l. 35. D. de re iud. (42, 1), l. 4. C. eod. (7, 52), verglichen mit l. 19. l. 29. C. de transact. (2, 4).

65) Gaius IV. §. 125.

66) l. 12. C. de exception. (8, 36). Der J. R. A. §. 37 f. hat hierin nichts geändert; wohl aber die Praxis durch Annahme des Grundſatzes, daß man früher nicht gekannte Einreden bis zum Urtheil immer nachholen dürfe.

67) l. 5. C. de fide et iur. hastae fisc. (10, 3), l. 1. l. 3. C. si propt. publ. pens. (4, 46), l. 1-3. C. Th. de fid. et iur. hastae (10, 17), Fragm. Vat. §. 37. ed. Buchh.

68) l. 1. l. 2. C. de fid. et iur. hast. fisc. (10, 3), l. 2. C. si propt. publ. pensit. (4, 46), l. 3. C. si adv. fiscum (2, 37).

den vom Fiscus veräußerten Sachen niemand ältere Rechte ſoll geltend machen, ſondern wer ſich durch die Veräußerung verletzt glaubt, nur Entſchädigung vom Fiscus ſoll fordern können [69].

XII. Eine bei den Römern ungemein wichtige Beſchränkung, die in Deutſchland ſeit dem Verſchwinden der Leibeigenſchaft, aber nur in dem ſeltenen Fall zur Anwendung kommen könnte, wenn ein Freigelaſſener aus einem Lande, wo Sklaverei oder Hörigkeit gilt, ſich in Deutſchland niedergelaſſen hätte, iſt die, daß wider die Freilaſſung, oder ein die Freiheit anerkennendes Urtheil, keine Wiedereinſetzung in den vorigen Stand zu erhalten iſt [70], als allenfalls vom Regenten aus ſehr erheblichen Gründen [71]. Entſchädigungsanſprüche gegen den Freigelaſſenen ſelbſt, oder Andere, welche an der Läſion Schuld ſind, werden aber dadurch nicht ausgeſchloſſen, ſelbſt nicht die actio quod metus causa und die actio de dolo, ungeachtet des bei dieſen Klagen vorkommenden arbitrium de

69) l. 2. pr. C. de quadrienn. praescr. (7, 37), l. 2. C. de rer. commun. alienat. (4, 52), l. 2. C. si adv. fisc. (2, 37).

70) l. 7. pr. §. 1 u. 8. l. 24. D. de dolo (4, 3), l. 7. §. 10. l. 9. §. 6. l. 10. l. 11. pr. l. 31. l. 48. §. 1. D. de minor. (4, 4), l. 8. §. 17. D. de inoff. test. (5, 2), l. 9. D. de appellat. (49, 1), l. 4. C. de dolo (2, 21), l. 1-4. C. si advers. libert. (2, 31). Der unter den Kaiſern eingeführte, ſchon in der Einleitung erwähnte Widerruf der Freilaſſung wegen Undanks des Freigelaſſenen gehört nicht hierher.

71) l. 9. §. 6. l. 10. D. de minor. (4, 4).

restituendo [72]), und auf die übernommene Verbindlichkeit zu einer künftigen Freilaſſung bezieht ſich die Beſchränkung überhaupt nicht [73]), ſo wie auch die Veräußerung eines Sklaven sub lege manumissionis nicht die Reſtitution ausſchließt, ſo lange die Manumiſſion nicht erfolgt iſt [74]). Außerdem ſind erzwungene Freilaſſungen geradezu für nichtig erklärt, um hier ohne Reſtitution den Zwang wirkungslos zu machen [75]). Damit ſcheint es freilich unvereinbar, daß doch die actio quod metus causa wegen erzwungener Manumiſſionen zugelaſſen wird [76]). Allein es kann ja eine ſolche Freilaſſung ungeachtet ihrer Nichtigkeit Veranlaſſung werden, daß man eine Zeitlang der Arbeit des Sklaven entbehrt, oder daß dieſer ſich wegbegeben hat, und nicht mehr zu finden iſt, wo dann jene Klage allerdings von Nutzen ſeyn kann, um wenigſtens Entſchädigung zu erlangen, wenn nämlich nicht der Sklave ſelbſt, ſondern ein Dritter den Zwang ausgeübt hat.

XIII. Zu dieſen in den Geſetzen ſelbſt enthaltenen Beſchränkungen der Reſtitution fügen die Praktiker

72) l. 9. §. 2. D. quod met. caus. (4, 2), l. 7. pr. §. 8. l. 24. D. de dolo (4, 3), l. 11. pr. l. 48. §. 1. D. de minor. (4, 4), l. 8. §. 17. D. de inoff. test. (5, 2), l. 4. C. de dolo (2, 21), l. 1-3. C. si adv. libert. (2, 31).

73) l. 4. C. de dolo (2, 21), l. 1. C. si adv. lib. (2, 31).

74) l. 11. §. 1. D. de minor. (4, 4).

75) l. 17. pr. l. 9. pr. D. qui et a quib. manum. (40, 9).

76) l. 9. §. 2. D. quod met. causa (4, 2).

noch hinzu, daß auch die Ehe nicht durch Wiedereinſetzung in den vorigen Stand aufgehoben werden dürfe [77]), wovon weder im Römiſchen [78]) noch im Canoniſchen Rechte etwas vorkommt; in dieſem nicht, weil es die ein Mal geſchloſſenen Ehen überhaupt für unauflöslich erklärt, in jenem nicht, weil die alte in manum conventio, wenige Fälle ausgenommen, gleichfalls unauflöslich war [79]), und weil man bei der freien Ehe nicht erſt obrigkeitlicher Erlaubniß bedurfte, um ſich zu trennen. Mit den Grundſätzen der Proteſtanten über die Eheſcheidung wäre aber eine Wiedereinſetzung in den vorigen Stand gegen die Schließung einer Ehe an ſich ſehr wohl vereinbar; ja man kann in der That die Eheſcheidung bei den Proteſtanten ihren Wirkungen nach eine in integrum restitutio nennen, die ſich nur durch ihre beſonderen Bedingungen von der Prätoriſchen Reſtitution unterſcheidet. Allein eben darauf bezieht es ſich, wenn auch die Proteſtantiſchen Praktiker die Reſtitution gegen ein Ehebündniß

77) Oddus de rest. in integr. P. II. qu. 60. art. 1 u. 2., Lauterbach Coll. theor. pract. IV, 4. §. 29., I. H. Boehmer de rest. in integr. contra sponsal. minorum §. 9, in Exerc. ad Pand. T. III. Nr. 34. und noch viele Andere.

78) Nur Terent. in Phorm. II, 4. v. 9 f. räth ſcherzhaft einem Vater, Reſtitution gegen die Ehe ſeines Sohnes, oder eigentlich gegen ein dieſe beſtätigendes Urtheil, zu ſuchen. Hier dürfen wir aber keine genaue Rechtskenntniß erwarten.

79) Dion. Hal. II. c. 25, Plutarch. in Romulo c. 22, Cic. Philipp. II. c. 28. de Oratore I. c. 48.

verwerfen, indem die Aufhebung hier nur aus den beſonderen Scheidungsgründen des allgemeinen oder particulairen Proteſtantiſchen Eherechts, nicht aus den gewöhnlichen Reſtitutionsgründen erfolgen ſoll. Während man aber darüber einverſtanden iſt, ſtreitet man dagegen über die Zuläſſigkeit der Reſtitution wider eingegangene Verlöbniſſe. Für die Unzuläſſigkeit hat man nicht weniger als ſieben Gründe aufgeſtellt, welche J. H. Boehmer geſammelt hat [80]), und welche ihrer Sonderbarkeit wegen im Auszuge hier einen Platz verdienen. 1. Bei Verlöbniſſen handle es ſich nicht bloß um das rein menſchliche Band eines gewöhnlichen Vertrages, denn was Gott zuſammengefügt, ſolle der Menſch nicht trennen. 2. Ein Verlöbniß ſey gewiſſermaßen ſchon eine Ehe, indem mehrere Grundſätze von der Ehe darauf angewandt würden, ſelbſt in dem in der Bibel geoffenbarten Göttlichen Recht; 3. auch ſey daſſelbe ein negotium spirituale et ecclesiasticum, welches der menſchlichen Willkühr entzogen ſey, und worüber daher nur geiſtliche Gerichte, bei den Proteſtanten die Conſiſtorien richten könnten. 4. Die bei der Reſtitution erforderliche Billigkeit fehle hier, da es vielmehr einen auffallenden Scandal geben müſſe, wenn ein gegenſeitiges Eheverſprechen auf das einſeitige Verlangen eines Theils reſcindirt werde. 5. Die Ehe ſey in den Geſetzen nicht

80) A. a. O. §. 10 f.

weniger begünſtigt als die Freiheit, und ſo wie nun favore libertatis die Reſtitution gegen Freilaſſungen nicht geſtattet werde, ſo müſſe dieſelbe auch favore matrimonii eben ſo unzuläſſig in Beziehung auf Sponſalien ſeyn. 6. Durch ein Verlöbniß werde kein pecuniairer, das Vermögen betreffender Schaden zugefügt. 7. Endlich wird noch ein Argument daher genommen, daß Luther in ſeiner Schrift von Eheſachen, die im Canoniſchen Recht den Gegenſatz von Ehen und Verlöbniſſen bezeichnenden Ausdrücke sponsalia de praesenti und de futuro zur Bezeichnung des Gegenſatzes von unbedingten und bedingten Verlöbniſſen gebraucht hat, woraus man denn gefolgert hat, daß er ein unbedingtes Verlöbniß einer Ehe habe gleichſtellen wollen. Man braucht wohl nur dieſe Gründe zu kennen, um ihre Unhaltbarkeit zu durchſchauen, und Boehmer hat bei Widerlegung derſelben ein leichtes Spiel gehabt. Es genügt, hier darauf aufmerkſam zu machen, daß die Reſtitution gegen ein Verlöbniß nirgends unterſagt iſt; daß ſie nach den Geſetzen auch nicht als etwas Sündliches gelten kann bei einem Verſprechen, welches ſo wenig bindend iſt, daß das Canoniſche Recht ſogar im Fall eines promiſſoriſchen Eides den directen Zwang verwirft [81]); und daß endlich auch die Reſtitution hier keineswegs zwecklos iſt, nämlich als ein Mittel zur Abwendung

81) cap. 17. X. de sponsal. (4, 1).

der Nachtheile, welche mit dem willkührlichen Bruch eines Verlöbniſſes verbunden ſind. Wenn übrigens Boehmer ſeine Widerlegung der erwähnten Argumente nur auf die Reſtitution wegen Minderjährigkeit richtet, ſo hängt dies nur mit der von den meiſten Praktikern angenommenen unbedingten Nichtigkeit der auf Zwang, Betrug und Irrthum beruhenden Verlöbniſſe zuſammen, eine Annahme, zu der aber kein hinreichender Grund vorhanden iſt.

Aus dem älteren Römiſchen Recht laſſen ſich den entwickelten Beſchränkungen der Reſtitution noch ein Paar, die nur ein hiſtoriſches Intereſſe haben, hinzufügen [82]). Gegen den Verluſt des Proceſſes wegen eines Zuvielforderns in der intentio actionis ward früher nur Minderjährigen, nicht aber anderen Perſonen, den Fall eines höchſt verzeihlichen Irrthums ausgenommen, Wiedereinſetzung in den vorigen Stand ertheilt [83]), und in ſpäterer Zeit wurden ſelbſt die Minderjährigen von dieſer Reſtitution ausgeſchloſſen, wenn ihr Vormund ſich die pluris petitio hatte zu Schulden kommen laſſen, indem ſie dann ſich nur an den ſchuldigen Vormund ſollten halten können. Letzte-

82) Auf eine iſt ſchon §. 9. Note 16. aufmerkſam gemacht worden.

83) §. 33. I. de act. (4, 6), Theoph. IV, 6. §. 33, Gaius IV. §. 53. Von Kaiſer Claudius wird gerühmt, daß er ſehr nachſichtig bei der Reſtitution gegen eine plus petitio geweſen ſey. Sueton. in Claudio c. 14.

res finden wir zwar zuerſt in einer Conſtitution von Zeno ausgeſprochen [84]), es muß aber ſchon älter ſeyn, da bereits Diocletian es für contra rationem iuris erklärte, daß einem Minderjährigen wegen der von ſeinem Vormunde begangenen pluris petitio Reſtitution gewährt werde [85]). Eine pluris petitio in der condemnatio ſchadete dem Kläger überhaupt nicht, und dem Beklagten, der nicht gleich von vorn herein dagegen proteſtirt hatte, ward immer Reſtitution bewilligt. Anders verhielt es ſich hingegen, wenn die condemnatio auf zu wenig gerichtet worden war. Das Mehr, welches dem Kläger ſonſt zugekommen wäre, ging dadurch verloren, und dagegen war wiederum keine Reſtitution zu erlangen, mit der alleinigen Ausnahme, wenn der Kläger noch minderjährig war [86]). Dieſe Beſchränkungen fallen aber jetzt weg. Die erſte, weil bei uns das Zuvielfordern nicht mehr den Verluſt des ganzen Rechts nach ſich zieht, alſo kein Bedürfniß der Reſtitution erzeugt. Die zweite würde zwar recht füglich in Anwendung gebracht werden können, wenn aus Verſehen das Petitum einer Klage auf weniger gerichtet worden wäre, als man dem Klagfundament zufolge fordern könnte. Allein da von dieſer Beſchränkung im Juſtinianiſchen Recht nichts

84) l. 1. §. 1. C. de plus petit. (3, 10).

85) Consult. vet. ICti tit. V. lex 3.

86) Gaius IV. §. 57.

vorkommt, ſo ſind wir doch nicht befugt, die Reſtitution wider ein ſolches Verſehen für unſtatthaft zu erklären.

§. 11.

C. Ein anerkannter Billigkeitsgrund für die Aufhebung der Verletzung, iusta restitutionis causa:

a. Vorbemerkungen.

Als dritte innere Bedingung der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand iſt oben ein beſtimmter, im Prätoriſchen Edict oder gewohnheitsrechtlich anerkannter Billigkeitsgrund, iusta restitutionis causa, wobei iusta ſo viel als aequa bedeutet, angegeben worden, indem es nicht dem Ermeſſen der reſtituirenden Behörden völlig überlaſſen iſt, was ſie als genügende Veranlaſſung zur Aufhebung einer eingetretenen Läſion anſehen und behandeln wollen. Den Prätoren iſt es freilich anfangs wohl nicht eingefallen, durch Aufſtellung von Reſtitutionsgründen ſich ſelbſt die Hände zu binden; im Gegentheil ſcheinen ihre Edicte darüber mehr nur den Character von Ankündigungen, unter welchen Umſtänden man vorzüglich ihre Hülfe erwarten dürfe, gehabt zu haben. Aber im Verlauf der Zeit änderte ſich die Anſicht in dieſer Beziehung, und

man betrachtete nun die Reſtitution als auf beſtimmte Gründe beſchränkt. Dies geht nicht bloß aus der Art und Weiſe hervor, wie ſchon von den claſſiſchen Juriſten immer nur auf gewiſſe beſtimmte Reſtitutionsgründe Rückſicht genommen wird, ſondern es giebt dafür auch ausdrückliche Zeugniſſe [1]). Dagegen aber erweiterte auch wieder die Römische Praxis die im Prätoriſchen Edict enthaltenen Reſtitutionsgründe bedeutend, oder fügte eigentlich mehrere neue hinzu. Die Reſtitution wegen Zwangs und Betrugs, als etwas Verſchiedenes von den actiones und exceptiones metus et doli, ſo wie die allgemeine Reſtitution, wegen Irrthums, ſind unzweifelhaft Erzeugniſſe der Römiſchen Praxis. Das Edict ſelbſt enthielt als Gründe der eigentlichen Wiedereinſetzung in den vorigen Stand nur Abweſenheit, Minderjährigkeit, capitis diminutio und einen beſonderen Fall des Irrthums. Von dieſen vier Gründen waren wieder die capitis diminutio und der Irrthum höchſt wahrſcheinlich ſpäter als die beiden anderen in das Edict aufgenommen worden, ſo daß man eine Zeitlang bloß Abweſenheit und Minderjährigkeit als Reſtitutionsgründe kannte; denn nur daraus erklärt ſich der Römiſche Sprachgebrauch, die Reſtitution wegen Abweſenheit oft ſchlechthin als restitutio maiorum der restitutio minorum entgegenzuſetzen.

1) l. 7. §. 1. D. de distr. acceptilat. (8, 44), l. 5. C. pign. (20, 5), l. 3. C. de de restit. mil. (2, 51).

Da bei der Reſtitution wegen capitis diminutio, Irrthums, Zwangs und Betrugs, auch das Alter des Verletzten gleichgültig iſt, ſo hätte ſich jener Sprachgebrauch nicht wohl bilden können, wenn dieſe Reſtitutionen, gleich der wegen Abweſenheit, ſchon exiſtirt hätten, als die restitutio minorum eingeführt ward. Dies legt uns aber die Frage ſehr nahe, ob nicht die Folge, in welcher die einzelnen Reſtitutionsgründe in den Pandecten und im Codex abgehandelt werden, eine chronologiſche Veranlaſſung habe? Ohne Zweifel iſt dies der Fall. Zwar iſt die gewohnheitsrechtliche in integrum restitutio propter metum et dolum jünger als die restitutio minorum, aber die Edicte über die actio quod metus causa und die actio de dolo ſind entſchieden älter als das Edict über die Reſtitution wegen Minderjährigkeit. An dieſes hat ſich dann das Edict über die capitis diminutio angeſchloſſen, und an dieſes wieder das uns erhaltene Edict über die restitutio maiorum [2]). Dies letztere iſt nun freilich nicht das urſprüngliche Edict, wodurch zuerſt die Reſtitution wegen Abweſenheit eingeführt worden iſt, vielmehr iſt Abweſenheit der älteſte aller Reſtitutionsgründe, älter ſelbſt als die Edicte über die actiones

2) Das Edict über Reſtitution wegen Irrthums iſt von **Paulus** und **Ulpian** mit den beiden zuletzt genannten Edicten in ihren libris XII ad Edictum abgehandelt, und daher ohne Zweifel auch eins der jüngſten. In den Pandecten iſt es ganz von den andern getrennt. lib. 27. tit. 6.

metus und doli, aber da jenes ältere Edict ſpäter durch ein neues verändertes erſetzt worden iſt, ſo erklärt ſich daraus, warum die restitutio maiorum ihre Stellung hinter der restitutio propter capitis diminutionem in den Pandecten erhalten hat. Vorläufig müſſen hier dieſe Sätze allerdings ohne Beweis hingeſtellt werden, indeſſen wird die weitere Ausführung ergeben, daß wir hier mit etwas mehr als bloßen Hypotheſen zu thun haben.

Eine allgemeine Bemerkung, die hier noch gemacht werden kann, betrifft das Verhältniß des Reſtitutionsgrundes zur Verletzung. Es liegt in der Natur der Sache, daß die Läſion, deren Aufhebung verlangt wird, wirklich auf den Umſtand, den man als Reſtitutionsgrund aufſtellt, muß zurückgeführt werden können. Der Schaden muß gerade in dieſem Umſtande ſeine weſentliche Quelle und Veranlaſſung haben, und findet es ſich, daß er auch ohnehin eingetreten wäre, ſo fällt die Reſtitution weg, wie z. B. wenn Jemand auf den Grund der Abweſenheit Wiedereinſetzung in den vorigen Stand gegen einen Nachtheil ſuchte, den er erlitten haben würde, auch wenn die Abweſenheit nicht Statt gefunden hätte [3]). Selbſt in Beziehung auf die

3) l. 44. D. ex quib. caus. mai. (4, 6), l. 11. §. 3-5. D. l. 24. §. 1. D. de minor. (4, 4); l. 1. C. qui et advers. quos (2, 42). Darauf bezieht ſich auch l. 7. C. quib. non obiic. longi temp. praescr. (7, 35), welche wohl nur ſo verſtanden werden kann, daß wenn Reſtitution wegen Abweſen-

Reſtitution wegen Minderjährigkeit iſt dies Princip, wiewohl nicht durchaus conſequent, im Ganzen feſtgehalten, worauf der Satz geht, daß Minderjährige keine Reſtitution erhalten können, wo ſie iure utuntur communi [4]).

Nicht weniger verſteht ſich von ſelbſt, daß der Reſtitution Suchende die von ihm angegebene iusta causa restitutionis beweiſen muß [5]). Niemand darf mit der bloßen Behauptung des Vorhandenſeyns eines Billigkeitsgrundes gehört werden, was die mehrmals vorkommende Bemerkung: „Ad rescindendum negotium de dolo vel metu *contestatio* non sufficit" [6]), ausdrückt. Wir müſſen übrigens darauf unten bei Entwicklung des Verfahrens bei der Reſtitution zurückkommen.

Bei der folgenden Erörterung der einzelnen Reſtitutionsgründe wird es zweckmäßig ſeyn, die Ordnung

heit gegen die Verjährung geſucht wird, darauf zu ſehen iſt, ob nicht nach Abrechnung der Zeit der Abweſenheit noch die volle Verjährungszeit herauskommt.

4) M. ſ. unten §. 14. Note 35.

5) l. 3. D. de in integr. rest. (4, 1), l. 23. pr. D. quod met. causa (4, 2), l. 39. pr. l. 43. D. de minor. (4, 4), l. 18. §. 1. l. 19. §. 1. D. de probat. (22, 3), l. 1. C. de offic. praetor. (1, 39), l. 7. C. de his quae vi (2, 20), l. 6. C. de dolo (2, 21), l. 4. C. de in integr. rest. min. (2, 22), l. 1. l. 3. l. 4. C. si min. se mai. dix. (2, 43), l. 9. C. de probat. (4, 19), l. 2. C. de praed. et al. reb. min. (5, 71), cap. 4. X. de in integr. rest. (1, 41).

6) l. 9. C. de his quae vi (2, 20), l. 22. C. de transact. (2, 4).

zu verlaſſen, in welcher dieſelben in den Quellen vorkommen, und eine andere Reihenfolge zu wählen, welche mehr der Geſchichte der Ausbildung der Reſtitutionstheorie entſpricht, und daher auch der Einſicht in das Weſen derſelben förderlich iſt.

§. 12.

b. Einzelne Reſtitutionsgründe:

α. Ein äußeres Hinderniß an der Wahrnahme oder Geltendmachung eines Rechts [Abweſenheit, restitutio maiorum] [1]).

Der erſte Reſtitutionsgrund, welchen wir zum Gegenſtand unſerer Unterſuchung zu machen haben, iſt bisher mehrmals, ſo wie es gewöhnlich geſchieht, als Abweſenheit bezeichnet worden, und dies wird der Kürze wegen auch in der Folge noch oft geſchehen. Richtig iſt dies jedoch ſtreng genommen nicht, indem dieſer Reſtitutionsgrund in der That jedes äußere Hinderniß an der Wahrnahme oder Geltendmachung von Rechten begreift, und Abweſenheit nur als ein Hauptfall dieſer Art zu betrachten iſt. Bevor wir aber zur Begrün-

1) Tit. Dig. ex quibus causis maiores viginti quinque annis in integrum restituuntur (4, 6), Tit. Cod. de restitutionibus militum et eorum qui reipublicae causa absunt (2, 51), de uxoribus militum et eorum qui reipublicae causa absunt (2, 52), quibus ex causis maiores in integrum restituuntur (2, 54).

dung dieſer Behauptung übergehen können, müſſen wir zuſammenſtellen, was ſich über die Geſchichte des vorliegenden Reſtitutionsgrundes nachweiſen läßt.

Juſtinian erzählt uns in den Inſtitutionen bei Gelegenheit der actio Publiciana, daß, ſo wie der Prätor dem Beſitzer in gutem Glauben, obgleich dieſer nicht Eigenthümer ſey, ein Vindicationsrecht gewähre, ſo gebe er auch dem, der durch Uſucapion ſein Eigenthum eingebüßt habe, ſo ferne derſelbe in Staatsangelegenheiten verreiſt, oder in feindlicher Gefangenſchaft geweſen ſey, mit Umſtoßung der Statt gehabten Verjährung, ſeine verlorne Vindication wieder, und ein gleiches Klagrecht werde aus einer ähnlichen Billigkeit auch noch in mehreren anderen Fällen zugeſtanden, wie aus den Pandecten näher zu erſehen ſey [2]). Schon dieſe Zuſammenſtellung läßt vermuthen, daß derſelbe Prätor **Publicius**, dem die bekannte actio Publiciana ihren Urſprung verdankt, auch zuerſt und wahrſcheinlich zugleich die Reſtitution wegen Abweſenheit eingeführt habe [3]), und dies wird dadurch beſtätigt, daß in mehreren Stellen von einer actio Publiciana die Rede iſt, welche nicht die Vindication des bonae fidei possessor, ſondern nur eine durch Reſtitution wiedergegebene Klage ſeyn kann [4]), daher man

2) §. 3-5. I. de act. (4,6), Theoph. IV, 6. §. 3-5. de rest. in integr. c. V. p. 22 f.

3) **Biener** Hist. iur. civ.

4) So hat **Brissonius**

zwei ganz verſchiedene actiones Publicianae unterſcheiden muß. Wann jener Publicius gelebt habe, dies wiſſen wir nun freilich nicht genau und in ſo ferne führt uns der Name des Urhebers der Reſtitution wegen Abweſenheit nicht auf das Alter derſelben. Auf keinen Fall dürfen wir hier aber an einen Schüler des Servius Sulpicius, nämlich den mehrmals in den Pandecten 5) erwähnten Juriſten Publicius Gellius denken. Denn ſchon Terenz hat die Reſtitution wegen Abweſenheit gekannt 6), und dieſe muß folglich einer ziemlich frühen Zeit angehören, da

de Verb. Sign. voce „Publiciana" aus einem alten Gloſſarium die Worte entlehnt: „Publiciana actio rescissoria datur ei, cuius res, quum absens esset reipublicae causa vel apud hostes, usucapta est." Ferner gehören hierher: l. 57. D. mandati (17, 1): „Mandatum distrahendorum servorum defuncto eo, qui mandatum suscepit, intercidisse constitit; quoniam tamen heredes eius errore lapsi, non animo furandi, sed exsequendi, quod defunctus suae curae fecerat, servos vendiderant, eos ab emptoribus usucaptos videri placuit; *sed venaliciarium ex provincia reversum, Publiciana actione non inutiliter acturum, quum exceptio iusti dominii causa cognita detur*, neque oporteat eum, qui certi hominis fidem elegit, ob errorem aut imperitiam heredum affici damno;" und l. 35. pr. D. de O. et A. (44, 7) . . . „item Publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur. *Sed cum rescissa usucapione redditur, anno finitur, quia contra ius civile datur.*"

5) l. 2. §. 44. D. de O. I. (1, 2), l. 50. §. 2. D. de legat. II. (31), l. 51. D. de cond. et dim. (35, 1).

6) Terent. Phorm. II, 4. v. 9 f. „. . . Mihi sic hoc videtur; quod *te absente* hic filius egit, restitui in integrum aequum est et bonum, et id impetrabis."

Terenz bereits im Jahre Roms 594 ſtarb. Vielleicht könnte der M. Publicius Malleolus, welcher a. U. 521 das Conſulat bekleidete, und alſo nicht lange vorher Prätor geweſen ſeyn muß, derjenige ſeyn, von dem das erſte Edict über die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand herrührt. Es kommt zum Wenigſten außer dieſem kein anderer Conſul oder Prätor Publicius vor, bis auf den Prätor Q. Publicius, vor welchem Cicero den Matrinius vertheidigte [7]) und der wohl kein anderer ſeyn möchte, als der ſchon genannte Publicius Gellius. Können wir aber auch in dieſer Beziehung zu keinem ganz zuverläſſigen Reſultat gelangen, ſo erhellt doch aus der Erwähnung der restitutio propter absentiam bei Terenz immer ſo viel, daß dieſer Reſtitutionsgrund der älteſte von allen ſey, weil keiner der anderen ſo hoch hinaufreicht, und daß wir wenigſtens keinen Anachronismus begehen, wenn wir auch in mehreren Stellen bei Cicero [8]) eine Anſpielung auf die Reſtitution wegen Abweſenheit zu erkennen glauben.

Bei dem urſprünglichen Publicianiſchen Edict iſt es indeſſen nicht geblieben. Es wäre zwar falſch, dies Edict nur auf die Aufhebung der Uſucapion zu beziehen, indem wir aus den angeführten Stellen von Terenz und Cicero erſehen, daß man daſſelbe na=

7) Cic. pro Cluent. c. 45.

8) In Verr. II. lib. 2. c. 24-26, lib. 5. c. 6 und contra Rull. II. c. 4.

mentlich auch auf Urtheile anwandte. Allein das in den Pandecten [9]) uns überlieferte caput Edicti über die restitutio maiorum kann doch nicht ganz ſo von Publicius ausgegangen ſeyn. Dies zeigt allein ſchon die Rückſicht, welche darin auf die Kaiſerlichen Conſtitutionen genommen wird. Höchſt wahrſcheinlich haben mehrere Prätoren nach und nach dies Edict erweitert und modificirt. Beſtimmt wiſſen wir, daß der unter Caligula und Claudius lebende Cajus Caſſius, nach welchem die Sabinianer auch Caſſianer genannt wurden [10]), Zuſätze, novae clausulae, zu dieſem Edicte, ſo wie zu dem über die alienatio in fraudem creditorum gemacht habe [11]), und ſelbſt Caſſius dürfte nicht der letzte Prätor ſeyn, der an unſerem Edict geformt, weil auch ſein Zuſatz nicht mehr ſo darin ſteht, wie derſelbe von Ulpian angegeben wird [12]). Aus dieſen Aenderungen und Erneuerungen des Publicianiſchen Edicts erklärt ſich übrigens ſehr einfach, wie dieſes in ſeiner gegenwärtigen Geſtalt jünger ſeyn kann als die Edicte von der Reſtitution wegen Minderjährigkeit und capitis diminutio, und daher auch in den Commentaren zum Edict, ſo wie

9) l. 1. §. 1. D. h. t.

10) l. 2. §. 47. D. de O. I. (1, 2), l. 35. §. 3. D. de mort. caus. don. (39, 6), l. 18. D. de furtis (47, 2), Ulp. XI. §. 28.

11) l. 26. §. 7. D. h. t. l. 11. D. quae in fraud. cred. (42, 8).

12) In l. 26. §. 7. cit.

in den, dieſen nachgebildeten Pandecten, ſeinen Platz hinter jenen beiden Edicten erhalten hat.

Nunmehr können wir uns zu dem praktiſchen Detail wenden. Das hierher gehörige Edict lautet in ſeiner neueſten Faſſung ſo:

„SI CUIUS QUID DE BONIS (diminutum erit), CUM IS METU, AUT SINE DOLO MALO, REIPUBLICAE CAUSA ABESSET: INVE VINCULIS, SERVITUTE, HOSTIUMQUE POTESTATE ESSET: SIVE CUIUS ACTIONIS EORUM CUI DIES EXISSE DICETUR. ITEM, SI QUIS QUID USU SUUM FECISSET, AUT, QUOD NON UTENDO AMISSUM SIT, CONSECUTUS, ACTIONEVE QUA SOLUTUS OB ID, QUOD DIES EIUS EXIERIT, CUM ABSENS NON DEFENDERETUR, INVE VINCULIS ESSET, SECUMVE AGENDI POTESTATEM NON FACERET: AUT CUM EUM INVITUM IN IUS VOCARE NON LICERET, NEQUE DEFENDERETUR: CUMVE MAGISTRATUS DE EA RE APPELLATUS ESSET, SIVE CUI PER MAGISTRATUS FACTUM, SINE DOLO MALO IPSIUS ACTIO EXEMPTA ESSE DICETUR: EARUM RERUM ACTIONEM INTRA ANNUM, QUO PRIMUM DE EA RE EXPERIUNDI POTESTAS ERIT. ITEM SI QUA ALIA MIHI IUSTA CAUSA ESSE VIDEBI-

TUR, IN INTEGRUM RESTITUAM, QUOD EIUS PER LEGES, PLEBISCITA, SENATUSCONSULTA, EDICTA, DECRETA PRINCIPUM, LICEBIT" [13]).

Die Stelle giebt freilich der Kritik noch viel zu thun, da dieſelbe von Varianten wimmelt, auch ſelbſt der Lapidarſtyl der Edicte wohl kaum ſolche Verſtöße gegen eine richtige Conſtruction verträgt, wie ſie hier vorkommen. Da indeſſen der Sinn überall hinreichend erhellt, ſo brauchen wir nicht bei einer zu weit vom Wege abführenden Feſtſtellung des Textes zu verweilen. Die Fälle, welche hier, als zur Reſtitution geeignet, namentlich aufgezählt werden, ſind:

1. Wenn etwas von dem Vermögen, oder eine Klage desjenigen verloren gegangen, der aus Furcht, oder, ohne Argliſt, in Staatsangelegenheiten abweſend war, oder ſich im Gefängniß, oder in Sklaverei, oder in der Gewalt der Feinde befand.

2. Wenn Jemand etwas uſucapirt, oder dadurch erlangt hat, daß ein Anderer ſein Recht nicht ausgeübt hat, oder von einer Klage wegen Ablaufs der derſelben geſetzten Friſt befreit worden iſt, während er ohne Vertreter abweſend, oder im Gefängniß war, oder ſich der Klage entzog, oder nicht wider ſeinen

13) l. 1. §. 1. D. h. t. Vergl. Weyhe libri tres Edicti p. 176 f.

Willen vor Gericht gezogen werden konnte, auch nicht von Anderen vertreten ward.

3. Wenn die Klage Jemandes, ohne ſeine Argliſt, durch Schuld der Obrigkeit hinfällig geworden.

Bei dieſer ſehr beſchränkten Faſſung des Edicts war es allerdings ſehr nützlich, die allgemeine Clauſel: „item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituam" hinzuzufügen, und geht man nun davon aus, daß dieſes Edict, ſeiner Grundlage nach, das älteſte über die Reſtitution iſt, daß es alſo zur Zeit der erſten Aufſtellung deſſelben noch keine anderen iustae causae restitutionis gab, ſo ließe ſich wohl denken, daß der Prätor wirklich mit dieſer Clauſel ganz allgemein jeden ihm etwa vorkommenden Billigkeitsgrund habe umfaſſen wollen. Wie dem aber auch ſeyn mag, worüber natürlich nie Gewißheit zu erlangen iſt, für uns kann nur der Sinn in Betracht kommen, in welchem die Römiſche Praxis die Clauſel aufgefaßt hat, und welcher daher überall in den Quellen zu Grunde liegt. Vergleicht man nämlich die ausdrücklich aufgezählten Fälle, in welchen Reſtitution verheißen wird, ſo ſind es lauter ſolche, in denen die Wahrnahme oder Geltendmachung, wenigſtens die gehörige Wahrnahme eines Rechts, durch äußere factiſche Hinderniſſe ausgeſchloſſen worden iſt. Dies hat man in der Römiſchen Praxis feſtgehalten, und ex clausula

generali auch nur dann Reſtitution bewilligt, wenn andere äußere Hinderniſſe der Wahrnahme eines Rechts im Wege ſtanden, wenn man absentia vel alia iusta causa *impeditus* petere non potuit, wie Paulus ſich ſehr richtig darüber ausdrückt [14]). Daß dem wirklich ſo ſey, dies wird unbeſtreitbar aus der Zuſammenſtellung aller Anwendungen, die man von der clausula generalis gemacht hat, hervorgehen. Es laſſen ſich hier drei Fälle unterſcheiden:

I. Das Hinderniß kann in der Perſon des Verletzten ſelbſt obgewaltet haben, indem derſelbe ſich in einer Lage befunden, welche es ihm unmöglich gemacht hat, ſeine darüber verloren gegangenen Rechte gehörig wahrzunehmen. Nach der Regel aber, daß ein Verletzter ſeinen Schaden nicht durch ſein Verſehen ſelbſt verſchuldet haben muß, wenn ihm Reſtitution ſoll bewilligt werden können [15]), verſteht es ſich hier von ſelbſt, daß das Hinderniß nicht dem Reſtitution Suchenden zur Laſt fallen darf. Es muß ein, in Anſehung ſeiner entweder völlig zu rechtfertigendes, oder doch wenigſtens ſehr zu entſchuldigendes Hinderniß ſeyn [16]). Als ein ſolches gilt nun:

14) l. 17. §. 3. D. de usuris (22, 1).

15) M. ſ. oben §. 9. Nr. (II).

16) l. 21. §. 1. D. h. t., l. 7. §. 12. D. de minor. (4, 4). In Gemäßheit dieſer Stellen, müſſen die unbeſtimmter redenden Stellen, wie l. 2. §. 1. D. si ex noxali causa agatur (2, 9), l. 7. pr. D. de in integr. rest. (4, 7), erklärt werden.

1. nach der ausdrücklichen Beſtimmung des Edicts ſelbſt:

A. Die Abweſenheit aus gerechter Furcht vor einer drohenden Gefahr, wobei was als gerechte Furcht angeſehen werden darf, nach den für die actio quod metus causa geltenden Grundſätzen zu beurtheilen iſt [17]).

B. Die Abweſenheit in Staatsangelegenheiten, reipublicae causa [18]). Man muß aber unmittelbar im Staatsdienſte geſtanden haben. Wer bloß von einem Beamten engagirt worden iſt, ihm bei ſeinem Geſchäfte zu helfen, wie ein Schreiber, Secretair u. ſ. w., dem kommt daher das Edict nicht zu Statten, auch wenn er ſeinen Principal noch ſo weit bei deſſen Dienſtreiſen begleitet hat [19]). Auf der anderen Seite begründet aber auch der Staatsdienſt an ſich noch nicht das hier gemeinte Hinderniß, wenn damit keine Entfernung vom Wohnort verbunden geweſen iſt [20]), ausgenommen bei Militairperſonen, die während ihres Dienſtes, ſelbſt in der Heimath als abweſend gelten [21]),

17) l. 1. §. 1. l. 2. §. 1. l. 3. D. h. t. verglichen mit l. 2-8. l. 21. pr. D. quod met. causa (4, 2), l. 13. C. de transact. (2, 4), l. 6. l. 8. l. 9. l. 10. C. de his quae vi (2, 20).

18) l. 1. §. 1. l. 4. l. 30. §. 1. l. 35. l. 41. l. 43. l. 46. D. h. t., l. 19. §. 1. D. de probat. (22, 3), l. 1-3. C. de rest. mil. (2, 51).

19) l. 33. §. 1. D. h. t.

20) l. 5. §. 1. l. 6. l. 32. D. h. t.

21) l. 7. l. 35. §. 4. l. 45. D. h. t., l. 6. C. de rest. mil. (2, 51). Doch hilft der Soldatenſtand nichts bei verſäum-

ſo ferne ſie nicht permittirt ſind [22]). Doch iſt nicht Entfernung aus der Provinz, worin man wohnt, erforderlich, und daß man zuweilen bei den Dienſtgeſchäften durch ſeinen Wohnort gereiſt iſt, ſteht auch der Reſtitution nicht im Wege [23]). Immer aber iſt nothwendig, daß man nicht die Abweſenheit im Staatsdienſt, um Privatzwecke willen, z. B. bloß um irgendwohin reiſen zu können, oder gar aus doloſen Abſichten gegen Andere, geſucht habe [24]). Auch darf man nicht länger weggeblieben ſeyn, als der öffentliche Dienſt es erheiſchte; indem wegen ſpäter eingetretener Läſionen nur dann Reſtitution bewilligt werden ſoll, wenn Krankheit oder andere unvermeidliche Umſtände die unverzügliche Rückkehr verhindert haben [25]). Während der Heimreiſe ſelbſt gilt man indeſſen natürlich noch als reipublicae causa absens [26]).

C. Die gefängliche Haft, worin man ſich befunden hat, mag man von Staatswegen, oder von einem Privatmann ſeiner Freiheit beraubt worden ſeyn [27]). Doch müßte conſequenterweiſe im erſten Fall ausgenommen werden, wenn Jemand zur wohlver-

ter Appellation, l. 20. §. 2. D. de appell. (49, 1).

22) l. 34. pr. D. h. t., l. 8. C. de rest. mil. (2, 51), l. 1. D. de re mil. (49, 16).

23) l. 35. §. 7 u. 8. D. h. t.

24) l. 1. §. 1. l. 4. l. 5. pr. l. 34. §. 1. l. 36. l. 38. pr. l. 42. D. h. t., l. 4. C. de rest. mil. (2, 51).

25) l. 37. l. 38. §. 1. D. h. t., l. 8. C. de rest. mil. (2, 51).

26) l. 35. §. 9. D. h. t.

27) l. 1. §. 1. l. 9. l. 10. D. h. t., l. 2. C. eod. (2, 54).

dienten Strafe im Gefängniß geweſen wäre, weil er dann kein entſchuldbares Hinderniß für ſich hätte, worüber jedoch in den Quellen nichts vorkommt.

D. Die Sklaverei, in welcher man von Anderen bona oder mala fide gehalten worden iſt [28]). So ferne man indeſſen die Freiheit auf gerichtlichem Wege wieder erſtritten hat, kann man wegen deſſen, was nach der Litisconteſtation geſchehen iſt, auf den Grund der früheren Sklaverei, keine Reſtitution erhalten [29]), unſtreitig weil man während des Proceſſes über die Freiheit ſchon als frei angeſehen wird, nach der alten Regel: In liberali causa, vindiciae semper dantur secundum libertatem [30]). Eben ſo wenig kann ein wirklicher, zum Erben eingeſetzter Sklave gegen Läſionen reſtituirt werden, welche die Erbſchaft erlitten hat, bevor er Erbe geworden iſt, indem das Edict überhaupt nur auf freie, in Sklaverei gehaltene Menſchen, nicht auf wahre Sklaven geht [31]).

E. Die Gefangenſchaft beim Feinde [32]), gleich viel ob man wirklich gefangen genommen, oder von einer gefangenen Mutter bei den Feinden geboren worden iſt [33]). Weshalb übrigens gegen die durch die

28) l. 1. §. 1. l. 11. D. h. t.

29) l. 12. D. h. t.

30) Livius III. c. 44., Dion. Hal. XI. c. 30., Cic. de Republ. III. c. 32. l. 2. §. 24. D. de O. I. (1, 2), l. 14. C. de liberali causa (7, 16).

31) l. 13. pr. D. h. t.

32) l. 1. §. 1. l. 14. l. 15. pr. D. h. t., l. 5. C. eod. (2, 54).

33) l. 15. §. 1. D. h. t.

Gefangenſchaft eingetretene Unterbrechung der Uſucapion keine Reſtitution möglich ſey [34]), dies iſt ſchon in anderer Verbindung nachgewieſen worden [35]). Anders verhält es ſich, wenn Andere inzwiſchen wirkliche Rechte des Gefangenen für ſich ausgeübt und benutzt haben; denn hier kann allerdings dem Gefangenen dahin Reſtitution ertheilt werden, daß jene ihm die gezogenen Nutzungen erſetzen müſſen [36]), was in ſo fern wichtig iſt, als das Poſtliminium nur die Rechte ſelbſt wiedergiebt, aber unmittelbar keinen Anſpruch auf Entſchädigung für die Vortheile, welche man ohne die Gefangenſchaft aus dieſen Rechten hätte ziehen können, gewährt.

2. Vermöge der clausula generalis, wird analog auch noch ein entſchuldbares, die Reſtitution begründendes Hinderniß angenommen, in Anſehung:

A. Der legati civitatis, worunter alle verſtanden ſind, die in Angelegenheiten einer Commune haben verreiſen müſſen [37]). Dieſe Ausdehnung iſt zuerſt durch Reſcripte von Marc Aurel und Commodus erfolgt [38]), und es gelten dabei ganz dieſelben Grundſätze, wie bei der Abweſenheit in Staatsangelegenheiten

34) l. 19. l. 20. l. 23. §. 1. D. h. t.

35) M. ſ. oben §. 6.

36) l. 23. §. 2. D. h. t.

37) l. 26. §. 9. l. 35. §. 1 u. 7. D. h. t., l. 1. C. ex quib. caus. mai. (2, 54).

38) l. 8. D. h. t., l. 86. pr. D. de adquir. hered. (29, 2).

ten [39]); jedoch mit der bedeutenden Abweichung, daß die Abweſenheit hier ſchon von der Erwählung zum legatus civitatis an datirt wird [40]), weil ein legatus civitatis nach Römiſchem Recht vor Beendigung ſeines Geſchäfts gar keine Klage anſtellen darf, mit wenigen Ausnahmen [41]).

B. Der Fiscale (patroni fisci) und der Aerzte bei den Armeen, wenn ihre Functionen ſie von ihrem Wohnort entfernt haben [42]).

C. Der Frauen von Soldaten und anderen in Staatsangelegenheiten abweſend Geweſenen, welche ihre Männer begleitet haben [43]).

D. Derjenigen, die ohne eigentliche Gefangenſchaft einen Ort nicht haben verlaſſen dürfen, z. B. eines vadimonii wegen [44]), oder weil ſie dahin relegirt waren, in welchem letzteren Fall aber die Reſtitution eine vorgängige Begnadigung vorausſetzt [45]).

E. Ueberhaupt derjenigen, die vermöge einer rechtlichen Nothwendigkeit, namentlich als geladene Zeugen, in einem Proceß, abweſend geweſen ſind [46]).

F. Endlich ſogar derjenigen, deren Abweſenheit zwar freiwillig, aber nicht nur nicht ſchimpflich, ſondern auch

39) l. 42. D. h. t., l. 14. D. de legation. (50, 7).

40) l. 5. D. eod.

41) l. 10. pr. l. 11. §. 1. l. 12. l. 15. l. 16. §. 1. D. eod.

42) l. 33. pr. §. 2. D. h. t.

43) l. 1. l. 2. C. de uxor. mil. et eor. qui reipubl. causa abs. (2, 52).

44) l. 28. §. 1. D. h. t.

45) l. 26. §. 1. l. 40. §. 1. D. h. t.

46) l. 26. §. 9. D. h. t.

durch ſehr wichtige und gerechte Gründe veranlaßt geweſen iſt [47]), wohin insbeſondere die gezählt werden, welche ſich ihrer Studien wegen anderswo aufgehalten [48]), oder eines Proceſſes halber eine Reiſe gemacht haben [49]), oder gerade durch den, gegen welchen ſie Reſtitution ſuchen, zum Verreiſen beſtimmt worden ſind [50]).

In Rückſicht aller in dieſer Ueberſicht enthaltenen Fälle, kann man aber noch die Frage aufwerfen, in wie fern etwas darauf ankommt, ob der Verletzte einen Bevollmächtigten, oder einen Vormund gehabt hat, der ſeine Rechte hätte wahrnehmen können und müſſen, oder nicht? und dieſer Punkt iſt ungemein ſtreitig. Doch iſt nach einer Seite hin kein wahrer Grund zum Streit vorhanden; denn ſo viel iſt ausgemacht, daß der Mangel eines Vertreters im Allgemeinen kein Hinderniß der Reſtitution ſey [51]). Nur zwei Modificationen dieſer Regel kommen vor. Die eine bezieht ſich auf die zur Strafe Verbannten und auf diejenigen, welche,

47) l. 28. pr. D. h. t., l. 7. §. 12. D. de minor. (4, 4).

48) l. 28. pr. D. h. t.

49) l. 26. §. 9. D. h. t. Doch leidet dies eine Ausnahme, wenn man als Appellant gegen ein Urtheil verreiſt iſt, l. 1. D. eum qui appell. in prov. def. (49, 11).

50) l. 19. §. 1. D. de prob. (22, 3).

51) l. 26. §. 9. l. 15. pr. D. h. t., l. 2. §. 1. D. si ex noxali causa agatur (2, 9), l. 7. §. 12. D. de minor. (4, 4), l. 26. §. 6. l. 30. D. de nox. act. (9, 4), l. 1. C. ex quib. caus. mai. (2, 52), l. 4. C. de procurator. (2, 13).

obgleich aus triftigen Gründen, doch ganz freiwillig verreiſt geweſen ſind. Können dieſe es nicht rechtfertigen, warum ſie keinen Bevollmächtigten zur Beſorgung ihrer Angelegenheiten gehabt haben, dann iſt ihnen die Reſtitution zu verſagen 52). Die zweite Modification beſteht darin, daß Urtheile und präcluſiviſche Ladungen, ſogenannte edicta peremptoria, gegen Pupillen und Minderjährige, welche keinen Vormund, ſo wie gegen reipublicae causa absentes, welche keinen Procurator haben, alſo indefensi ſind, gar nicht wirken ſollen, daher hier keine Reſtitution nöthig iſt 53).

Der Streit kann demnach nur den Fall betreffen, wenn ein Abweſender zwar einen Vertreter gehabt, aber deſſenungeachtet, vielleicht gerade durch verkehrtes oder nachläſſiges Benehmen des Geſchäftsführers, einen Schaden erlitten hat, und wirklich ſcheinen die Quellen hier Veranlaſſung zu gerechten Zweifeln zu geben.

52) l. 20. pr. D. de minor. (4, 4), l. 26. §. 1. l. 28. pr. D. h. t. Als ein Beiſpiel eines gerechten Entſchuldigungsgrundes wird hier angeführt, wenn etwa ein ernannter Procurator geſtorben iſt, ohne daß der Mandant es erfahren hat.

53) l. 45. §. 2. l. 54. pr. D. de re iud. (42, 1), l. 14. C. de procur. (2, 13), l. 4. C. si adv. rem iud. (2, 27), l. 1. C. quib. ex caus. mai. (2, 51), l. 6. C. quomodo et quando iudex (7, 43), l. 3. C. si propt. publ. pensit. (4, 64), l. 1. C. Gregor. X, 1. Die l. 7. §. 12 u. l. 8. D. de minor. (4, 4), welche ſagen, daß ein Minderjähriger auch gegen ein Eremodicium, oder gegen ſeine Contumaz im Proceß Reſtitution erhalten könne, ſind von dem Fall zu verſtehen, wenn der Minderjährige einen Vormund gehabt hat.

Während nämlich Ulpian und Macer auch dann die Reſtitution für zuläſſig erklären, wenn ein Abweſender einen Procurator hinterlaſſen, oder die Obrigkeit ihm einen curator absentis beſtellt hat [54]), ſagt Paulus:

„Is qui reipublicae cauſa abfuturus erat, si procuratorem reliquerit, per quem defendi potuit, in integrum restitui volens, non audietur [55]).“

Bereits in der Gloſſe zu dieſer Stelle finden ſich nicht weniger als ſieben verſchiedene Vereinigungsverſuche. Die Meiſten unterſcheiden, ob der Procurator ohne Schuld an der Läſion oder zahlungsunfähig ſey, ſo daß man keinen wirkſamen Regreß gegen ihn habe, oder ob man denſelben mit Erfolg in Anſpruch nehmen könne. Im erſten Fall ſey die Reſtitution möglich; im zweiten dagegen nicht, weil der Verletzte hier durch die ihm zuſtehende Mandatsklage ipso iure munitus ſey, und von dieſem letzteren Fall müſſe Paulus a. a. O.

54) l. 26. §. 9. l. 15. pr. D. h. t., l. 8. D. de in integr. rest. (4, 1).

55) l. 39. D. h. t. Eine unterſtützende Stelle könnte man in l. 1. C. ex quib. caus. mai. (2, 54) zu finden glauben, indem es hier heißt, daß ein legatus civitatis, welcher absens et *indefensus* verurtheilt worden ſey, Reſtitution erhalten könne, woraus ſich der Folgeſatz zu ergeben ſcheint, daß beim defensus die Reſtitution wegfalle. Dieſem argumentum a contrario ſteht jedoch l. 8. D. de in integr. rest. entgegen, da hier die Reſtitution auch in Betreff eines Proceſſes zugelaſſen wird, den ein Abweſender durch einen Procurator geführt hat.

verſtanden werden [56]. Aber dieſe Erklärung hat das Bedenkliche, daß die einander widerſprechenden Stellen nicht die entfernteſte Hindeutung auf eine ſolche Diſtinction enthalten. Auch iſt der eigentliche Stützpunkt dieſer Meinung, wie mehrerer anderen, hier auf keine Weiſe entſcheidend. Severus Alexander reſcribirt nämlich:

„Si procurator ad unam speciem constitutus, officium mandati egressus est, id, quod gessit, nullum domino praeiudicium facere potest. Quod si plenam potestatem agendi habuit, rem iudicatam rescindi non oportet, cum si quid fraude vel dolo egerit, convenire eum more iudiciorum non prohibearis [57],"

und daran halten ſich diejenigen, welche dem Abweſenden die Reſtitution verſagen, ſo fern er ſeinen Mandatar belangen kann. Zunächſt aber iſt es keineswegs nöthig, daß der Procurator eines Abweſenden gerade eine unbeſchränkte Vollmacht gehabt habe, und wenn ihm auch eine ſolche ertheilt worden iſt, ſo frägt ſich noch immer, ob die Regel, daß der Mandant keine Reſtitution gegen die Handlungen ſeines procurator cum libera administratione erhalten könne, auch im Fall

56) Bachow de Action. Disp. III. thes. 28.; Voet Comm. ad Pand. IV, 6. §. 4; Perez ad Cod. II, 54. Nr. 6; Westenberg Pr. iur. sec. ord. Dig. IV, 6. §. 18; Glück, Comm. B. 6. §. 468. Note 28.

57) l. 10. C. de procurator. (2, 13).

der Abweſenheit des Mandanten gelte? Das Severi-ſche Reſcript ſpricht nur die allgemeine Regel aus, wogegen die ſtreitigen Pandectenſtellen ſich gerade auf die Ausnahme beziehen, eine Ausnahme, für welche der Umſtand ſpricht, daß ein Abweſender gewöhnlich außer Stande iſt, gehörige Aufſicht über ſeinen Procurator zu führen, und bei entſtehender Gefahr ſeinen Auftrag zeitig zu widerrufen.

Andere meinen, Paulus rede gar nicht von der Reſtitution eines Abweſenden, ſondern von der unter Nr. II. zu erörternden Reſtitution gegen einen Abweſenden, die allerdings unzuläſſig iſt, ſobald ein Vertreter des Abweſenden da war, an den man ſich hätte halten können. Der „in integrum volens restitui" ſoll daher nicht der zu Anfang der Stelle genannte „reipublicae causa abfuturus," ſondern deſſen Gegner ſeyn, der durch die Abweſenheit von jenem in Schaden gekommen iſt, und dawider Reſtitution ſucht [58]). Dadurch wird freilich der Widerſpruch völlig gehoben, aber auch die Conſtruction ſo geſchraubt, daß es nicht recht glaublich iſt, Paulus habe wirklich das ſagen wollen, was man ihm in den Mund legt. Beſonders iſt es anſtößig, das Participium volens als ein Sub-

58) Noodt Comm. ad Pand. ad leg. 39. cit., P. de Greve Exerc. ad Pandectar. loca difficiliora. Ex. VI. §. 8., Hoffacker Pr. iur. §. 853.

ſtantiv zu nehmen, und Anton Faber [59]) hat daher wohl ſehr mit Grund gegen dieſe Anſicht proteſtirt.

Cujaz [60]) legt Gewicht darauf, daß Paulus nur von der absentia reipublicae causa ſpricht, während Ulpian vorzüglich auf die legati civitatis Rückſicht nimmt. Es ſoll nun, wie Cujaz glaubt, der in Staatsangelegenheiten Abweſende ſich hier in einer nachtheiligeren Lage befinden, als der legatus civitatis. Zu dieſer, übrigens auch ſchon in der Gloſſe vorkommenden Annahme iſt Cujaz durch den Theodorus Hermopolitus veranlaßt worden, der wirklich ein ſolches privilegium odiosum der reipublicae causa absentes behauptet, und als Grund anführt, daß wer in Communalangelegenheiten verreiſe, von ſeinen Mitbürgern erwählt werde, weshalb es unbillig ſey, wenn ſie aus ſeiner Abweſenheit Vortheil ziehen wollten, wogegen wer in Staatsangelegenheiten verreiſe, dies nur auf den Befehl des Regenten thue [61]). Höchſt wahrſcheinlich hat jedoch gerade unſere Stelle von Paulus die Byzantiniſchen Juriſten zu einem eben ſo ſeltſamen als ſchiefen Raiſonnement verleitet. Auf keinen Fall wird dadurch die Schwierigkeit gehoben, da Macer, der nicht weniger beſtimmt als Ulpian die

59) Rational. ad Pand. ad leg. 39. cit.

60) Observat. lib. XIX. c. 14.

61) Die hierhergehörige Stelle des Byzantiners findet man abgedruckt bei Cuiac. l. c.

Zuläſſigkeit der Reſtitution anerkennt, auch wenn ein Procurator des Abweſenden vorhanden geweſen iſt, dabei ausdrücklich von der absentia reipublicae causa handelt [62]).

Anton Faber [63]), dem ſich Schulting [64]) und Dompierre [65]) anſchließen, geht davon aus, daß Urtheile und peremtoriſche Verfügungen in Anſehung derjenigen, die in Staatsangelegenheiten abweſend ſind, nicht wirken, ſo fern die Abweſenden eines Vertreters entbehren [66]), und er folgert daraus, daß hierin wiederum der Grund liege, weshalb ihnen auf der anderen Seite, wenn ſie einen Vertreter gehabt, die Reſtitution von Paulus abgeſprochen werde. Ulpian hätte daher nach Faber's Meinung im Allgemeinen Recht, nur nicht wenn ein Abweſender durch einen Procurator einen Proceß geführt, in welchem Fall die Bemerkung von Paulus zur Anwendung käme. Doch will Faber dabei die Aeußerung des Letzteren nicht bloß auf die Abweſenheit in Staatsangelegenheiten beſchränken, ſondern findet darin überhaupt die Regel, daß keinem Abweſenden gegen ſeinen per procuratorem geführten Proceß Reſtitution ertheilt werden dürfe,

62) l. 8. D. de in integr. rest. (4, 1).

63) Rational. ad Pand. ad leg. 26. §. 1 u. 9. und ad leg. 39. D. quib. ex caus. mai.

64) Ad Pauli S. R. I, 13. A. Note 17.

65) Spec. de rest. in integr. tit. 6. §. 13.

66) l. 54. pr. D. de re iud. (42, 1). M. ſ. Note 56.

wenigſtens wenn Entſchädigung beim Procurator zu erlangen ſey, indem ſich nicht abſehen laſſe, warum andere eher Reſtitution erhalten ſollten, als die, welche in Staatsangelegenheiten verreiſt geweſen wären. Außerdem nimmt Faber, um auch mit Macer in Harmonie zu bleiben, an, daß ſelbſt wo man den Regreß gegen den Procurator habe, dem Abweſenden doch in ſo fern Reſtitution bewilligt werden könne, daß er noch wider das gefallene Urtheil appelliren dürfe. Auf dieſe Weiſe wird zwar nothdürftig ein Zuſammenhang herausgebracht; man kann aber auch hier wiederum einwenden, daß den zu vereinigenden Stellen eine verſchiedene Beziehung angewieſen wird, wozu kein Grund in denſelben liegt.

Ohne Zweifel iſt Cocceji [67]) allein auf dem rechten Wege, wobei man indeſſen der Gloſſe die Gerechtigkeit widerfahren laſſen muß, daß ſie auch ſchon die von Cocceji aufgefaßte Idee angedeutet hat. Anfangs waren unſtreitig die absentes *defensi* allgemein von der Reſtitution bei den Römern ausgeſchloſſen, und vermuthlich hatte das Prätoriſche Edict ſelbſt auf dieſe ältere Theorie geführt, indem daſſelbe, obgleich nicht für die Reſtitution eines Abweſenden, doch für die Reſtitution gegen einen Abweſenden, ausdrücklich und ſogar wiederholt die Bedingung hervorhob, daß kein Vertreter da geweſen ſeyn müſſe. Die Kaiſerlichen Re-

67) Ius civ. controv. IV, 6. qu. 2.

ſcripte aber, welche zuerſt den legatis civitatis vermöge der clausula generalis Reſtitution ertheilten [68]), kehrten ſich an dieſe Beſchränkung nicht, ſondern bewilligten die Reſtitution ohne Rückſicht darauf, ob der legatus civitatis einen Procurator ernannt hatte, oder nicht, und Ulpian konnte daher allerdings ſagen:

„Saepissime constitutum est, adiuvari eum, sive habuit procuratorem, sive non [69]).“

Eine andere Frage iſt freilich, in wie fern Ulpian berechtigt war, geſtützt auf jene Reſcripte, überhaupt das Vorhandenſeyn eines Procurators für kein Hinderniß der Reſtitution zu erklären. Sollte er aber auch zuerſt ſich erlaubt haben, aus den in einer beſonderen Beziehung ergangenen Reſcripten eine neue allgemeine Regel zu abstrahiren, ohne daß die Praxis ihm dazu Anlaß gab, ſo muß ſeine Meinung doch bald Eingang in die Praxis gefunden haben, weil ſchon nicht lange nachher Aemilius Macer ſchreiben konnte:

„Ei qui reipublicae causa absit, caeteris quoque, qui in eadem causa habentur, si per procuratores suos defensi sunt, hactenus in integrum restitutione subveniri *solet*, ut appellare his permittatur [70]),“

wobei der gebrauchte Ausdruck „solet,“ der wenigſtens

68) M. ſ. die Stellen in Note 41.

69) l. 26. §. 9. D. h. t.

70) l. 8. D. de in integr. rest. (4, 1).

etwas mehrmals Geſchehenes vorausſetzt, wohl zu beachten iſt. Das Verhältniß der einander widerſprechenden Stellen geſtaltet ſich demnach ſo. Paulus, deſſen hierhergehörige Aeußerung in ſeinen Receptis Sententiis geſtanden hat, konnte bei ſeinem Plan, bloß anerkannte Sätze in ſein Buch aufzunehmen, ſich nur an den alten Grundſatz halten, daß der absens *defensus* keinen Anſpruch auf Reſtitution habe. Bei Ulpian und Macer finden wir hingegen ein neueres milderes Recht, welches als das neuere Recht, nun auch den Vorzug vor der älteren Regel haben muß, und mit dem, was ſich hier als theoretiſch das Richtige darſtellt, ſtimmt auch das Canoniſche Recht überein [71]), ſo wie die Praxis des Reichskammergerichts, bei dem man ſich nach langen Zweifeln dahin vereinigte, den Partheien, auch wegen Verſehen und Nachläſſigkeiten ihrer Anwälte und ohne Rückſicht auf den möglichen Regreß gegen dieſe, Reſtitution zu gewähren [72]). Freilich iſt dabei nicht bloß an abweſende Partheien gedacht, um ſo weniger kann es aber einigen Zweifel leiden, daß auch bei Abweſenden, jetzt ein ernannter Procurator, nicht als ein Grund zur Verſagung der Reſtitution zu betrachten ſey.

II. Es kann das Hinderniß an der Wahrnahme

71) c. 2. X. de in integr. rest. (1, 41).

72) Dubium camerale v. 19ten Mai 1786. Abgedruckt in Emminghaus Corp. Iur. Germ. B. 2. S. 502 f.

eines Rechts, aber auch in der Perſon deſſen gelegen haben, gegen den das Recht hätte geltend gemacht werden müſſen, in dem Beklagten, wie wir ihn der Kürze wegen bezeichnen wollen, und auch dadurch wird regelmäßig die Reſtitution begründet, wenn jenes Hinderniß den Verluſt des Rechts oder wenigſtens eines Rechtsmittels zur Folge gehabt hat. Gleichgültig iſt es dabei, ob auch der Berechtigte ſelbſt ſich in einer Lage befunden hat, welche ihm die Verfolgung ſeines Rechts unmöglich machte, ſo fern nur das Hinderniß, welches ihn getroffen, zu denen gehört, die ebenfalls Anſpruch auf Reſtitution geben [73]). Denn alsdann concurrirt ein doppelter Reſtitutionsgrund. Im entgegengeſetzten Fall, wie z. B. wenn der Berechtigte aus einem ſchimpflichen Grunde abweſend geweſen wäre, würde ſeinem Reſtitutionsgeſuch die Einrede entgegenſtehen, daß nicht bloß das Hinderniß in der Perſon des Beklagten, ſondern eben ſo ſehr ſein eigenes Verſchulden die Läſion herbeigeführt habe. Ein weſentliches Erforderniß iſt hier aber, daß kein Vertreter des Beklagten da geweſen ſey, an den der Berechtigte ſich hätte halten können [74]), und hierbei dürfen wir nicht bloß an Bevollmächtigte und Vormünder denken; es muß ſogar Niemand freiwillig die Vertretung zu übernehmen bereit geweſen ſeyn [75]), wozu bei Abweſenden

73) l. 46. D. h. t.

74) l. 1. §. 1. l. 21. §. 1. l. 23. pr. D. h. t.

75) l. 21. §. 2 u. 3. l. 22. l. 23. §. 3. D. h. t.

und juriſtiſchen Perſonen, ſobald man gegen dieſe klagen will, jeder berechtigt iſt [76]), und wozu die Verwandten und Freunde des Beklagten ſogar aufgefordert werden müſſen [77]). Ja, wir können conſequent noch weiter gehen. Wer als Bevollmächtigter eines Abweſenden geklagt hat, kann auch gezwungen werden, die Defenſion des Abweſenden zu übernehmen, wenn deſſen Gegner ſeinerſeits klagen will [78]) und die Klage keine actio famosa iſt [79]). Daher muß nun auch nicht ein Mal ein ſolcher ehemaliger Procurator des Beklagten da geweſen ſeyn, weil ſonſt der Berechtigte die Möglichkeit gehabt hätte, zu klagen, und folglich, wenn er davon keinen Gebrauch gemacht, den Verluſt ſeines Rechts ſeiner eigenen Nachläſſigkeit zuſchreiben müßte.

Dies ſind die allgemeinen Grundſätze. Jetzt haben wir zu vergleichen, unter welchen Umſtänden ein hierhergehöriges Hinderniß in den Quellen angenommen wird.

1. Nach den Worten des Edicts ſelbſt, iſt dies der Fall:

A. Wenn der Beklagte ohne Vertreter abweſend

76) l. 1. §. 3. D. quod cuiusque univers. nom. (3, 4), l. 23. D. de solut. (46, 3), l. 18. C. de procurator. (2, 13).

77) l. 22. pr. D. h. t.

78) l. 33. §. 3 u. 4. l. 35. §. 3. l. 37. pr. l. 39. pr. §. 3. l. 70. D. de procurator. (3,3), l. 22. D. de iudic. (5, 1), Fragm. Vat. §. 330.

79) Fragm. Vat. §. 340.

geweſen, „cum absens non defenderetur [80])." Indeſſen iſt hier nur an freiwillige Abweſenheit gedacht [81]), jedoch ohne Rückſicht auf den Grund derſelben [82]), ausgenommen, wenn der Berechtigte ſelbſt die Abweſenheit veranlaßt hat, wo demſelben die Einrede entgegenſteht, daß nicht ſowohl der Beklagte, als er ſelbſt an der Läſion Schuld ſey [83]).

B. Wenn der Beklagte ſich in Gefangenſchaft, „in vinculis," befunden hat, worunter hier jede Freiheitsberaubung verſtanden iſt, welche die Möglichkeit der Rechtsverfolgung gegen ihn ausgeſchloſſen hat, mag er in der Gewalt der Feinde, oder im öffentlichen Gefängniß geweſen, oder unrechtmäßiger Weiſe von einem Privatmann feſtgehalten worden ſeyn [84]). Sehr richtig wird übrigens hierbei bemerkt, daß die Gefangenſchaft beim Feinde nicht in allen Fällen das Bedürfniß der Reſtitution erzeuge, wo eine andere Gefangenſchaft dies thut. Z. B. wer im Gefängniß, oder von einem Privatmann detinirt wird, kann auch während deſſen eine angefangene Uſucapion vollenden, daher hier dem früheren Eigenthümer Reſtitution nöthig iſt. Hingegen die Gefangenſchaft beim Feinde unterbricht die vom Ge-

80) l. 1. §. 1. l. 21. pr. §. 1. l. 30. §. 1. l. 31. l. 46. D. h. t., l. 1. D. de div. temp. praescr. (44, 3).

81) Dies erhellt aus l. 26. §. 1. D. h. t.

82) l. 21. §. 1. D. h. t.

83) l. 16. D. h. t.

84) l. 1. §. 1. l. 23. pr. §. 1 – 3. D. h. t. verglichen mit l. 9 u. 10. D. h. t.

fangenen begonnene Uſucapion, ſo ferne nicht etwa ſeine zurückgebliebenen Kinder oder Leute in ſeinem Namen den Beſitz fortſetzen [85]).

C. Wenn der Beklagte ſich der Klage gegen ihn entzogen hat, „si secum agendi potestatem non faceret," indem er ſich verborgen gehalten, oder auf andere Weiſe die Erhebung der Klage eludirt hat, ſey es in böſer Abſicht geſchehen, oder nur, weil es ihm gerade an Zeit zur Führung des Proceſſes gebrach [86]).

D. Endlich, wenn derſelbe nicht wider ſeinen Willen vor Gericht hat gezogen werden können, „quum eum invitum in ius vocare non liceret" [87]). Heutzutage kann davon zwar ſelten die Rede ſeyn; bei den Römern aber durften alle höheren Beamten während ihrer Amtsführung, ohne ihre Einwilligung, gar nicht belangt werden [88]), und die legati civitatis wenigſtens nicht in allen Sachen [89]).

2. Vermöge der clausula generalis wird ein gleicher Reſtitutionsgrund anerkannt:

85) l. 23. §. 1 u. 3. D. h. t., l. 44. §. 7. D. de usurp. et usucap. (41, 3).

86) l. 1. §. 1. l. 23. §. 4. l. 24. l. 25. D. h. t. Ein Hauptfall bei den Römern war hier, wenn der Beklagte ſich immer in ſeinem Hauſe hielt, indem daraus keine in ius vocatio Statt fand, l. 18. D. de in ius voc. (2, 4).

87) l. 1. §. 1. l. 26. §. 2 u. 3. D. h. t.

88) l. 26. §. 2. D. h. t., l. 32. D. de iniur. (47, 10).

89) l. 24. l. 25. D. de iudic. (5, 1), l. 3. D. de legation. (50, 7).

A. Wenn der Beklagte gezwungen abweſend geweſen iſt, z. B. im Exil [90]),

B. oder wenn derſelbe eine Perſon war, die nicht ſelbſt vor Gericht auftreten konnte, auch eines Vertreters entbehrte, wie ein Kind oder ein Wahnſinniger ohne Vormund, oder eine juriſtiſche Perſon ohne Vorſteher [91]);

C. oder wenn der Beklagte Soldat war, und ſein Dienſtverhältniß der Belangung im Wege ſtand, was bei den Römern beſonders leicht vorkommen konnte, da die Partheien immer vor Gericht erſcheinen mußten, und nicht ſchriftlich den Proceß führen durften [92]). Eine Anomalie iſt es übrigens, daß, wenn ein uſucapirender Soldat ſtirbt, und erſt ſein Erbe die Uſucapion vollendet hat, deſſen ungeachtet Reſtitution dawider zuläſſig ſeyn ſoll, obgleich das Hinderniß der Klage gegen den Soldaten ſelbſt, in Rückſicht des Erben nicht Statt findet [93]).

Viele haben aber eine Meinung aufgeſtellt, wodurch in der That die Reſtitution wegen Abweſenheit des Beklagten faſt ganz wegfallen würde. Dieſe kommt hauptſächlich vor, wenn Klagen verjährt, oder Sachen uſucapirt worden ſind, überhaupt in Fällen der Ver-

90) l. 26. §. 1. D. h. t.

91) l. 22. §. 2. D. h. t., l. 209. D. de V. S. (50, 16), l. 124. §. 1. D. de R. I. (50, 17).

92) l. 28. §. 6. l. 29. l. 45. D. h. t.

93) l. 30. pr. D. h. t.

jährung irgend einer Art. Weil nun aber **Juſtinian** beſtimmt hat, daß der Lauf der geſetzlichen Verjährung durch eine beim Richter eingelegte Proteſtation ſoll gehindert werden können, wenn man den Beklagten nicht finden kann, oder demſelben aus anderen Gründen nicht beizukommen iſt [94]), ſo leiten Viele daraus ab, daß, wo eine ſolche Proteſtation möglich ſey, die Reſtitution nicht mehr anwendbar ſeyn müſſe, indem wer proteſtirt habe, ipso iure munitus ſey, alſo der Reſtitution nicht bedürfe; wer aber die Proteſtation unterlaſſen, ſeinen Verluſt nicht weniger ſeinem eigenen Verſäumniß zu imputiren habe, als wenn er einen vorhandenen Procurator oder Defenſor des Abweſenden nicht in Anſpruch genommen hätte [95]). Dieſer Schluß iſt allerdings folgerichtig; auch läßt ſich nichts dawider einwenden, wenn ein Richter der unterbliebenen Proteſtation wegen die Wiedereinſetzung in den

94) l. 2. C. de ann. exc. Ital. contr. (7, 40), l. 14. §. 4. C. de non num. pec. (4, 30). Beiläufig ſey es erlaubt, hier zu bemerken, daß der ſo dunkle Italicus contractus wohl nichts als ein ſpäterer Name für die fiducia geweſen ſey, bei der ja, wie wir jetzt aus Gaius II. §. 59. wiſſen, das Eigenthum in einem Jahr zurückuſucapirt werden konnte, alſo wenn der Schuldner die Sache ein Jahr lang beſeſſen hatte, eine annalis exceptio gegen den Creditor begründet war.

95) **Duarenus** ad tit. D. ex quib. caus. mai. (in Opp. p. 129), **Vinnius** ad §. 5. I. de action., I. H. **Boehmer** Introd. in ius Dig. IV, 6. §. 2, **Dompierre** l. c. tit. 6. §. 28, J. L. **Schmidt** Lehrbuch v. Klagen u. Einreden §. 446, C. G. **Schmidt** Comm. zu dieſem Lehrb. §. 446.

vorigen Stand abſchlägt; nur läßt ſich darum doch die gänzliche Unzuläſſigkeit der Reſtitution in dieſem Fall nicht behaupten. Schwerlich hat Juſtinian jene Conſequenz gewollt; denn ſonſt hätten nicht neben den Verordnungen über die Proteſtation gegen die Verjährung auch die Grundſätze über die Reſtitution wegen Abweſenheit des Beklagten in beſter Eintracht weitläufig in Pandecten und Codex aufgenommen werden können. Bekanntlich aber dürfen correctoriſche Geſetze nur auf das bezogen werden, worauf wirklich die Abſicht des Geſetzgebers gerichtet iſt, nicht aber ob paritatem rationis analog angewandt werden. Was der Geſetzgeber vom älteren Recht nicht hat aufheben wollen, und was auch nicht gerabezu unvereinbar mit dem neuen Geſetz iſt, das bleibt beſtehen, wenn auch der Grund der neuen Beſtimmung darauf mit paſſen würde. Demzufolge können wir dem Richter nicht die Befugniß abſprechen, auch bei mangelnder Proteſtation gegen die Verjährung, Reſtitution wegen Abweſenheit des Beklagten zu bewilligen [96]. Ueberdies kann es viele Fälle geben, in welchen man in der That dem Berechtigten keinen gerechten Vorwurf daraus machen kann, daß er nicht gegen die Verjährung proteſtirt hat, wie wenn ihm etwa ſein Recht unbekannt geweſen wäre.

96) Dies iſt auch die herrſchende Meinung der Juriſten, deren Glück Comm. §. 470. Note 11 eine große Menge anführt.

III. Die Hinderniſſe an der Wahrnahme und Geltendmachung eines Rechts, welche aus beſonderen Lagen und Verhältniſſen entweder des Berechtigten ſelbſt, oder deſſen, gegen den man das Recht hätte geltend machen müſſen, hervorgehen, ſind bei weitem die häufigſten und wichtigſten. Es können indeß auch andere Umſtände gleiche Hinderniſſe bewirken, welche dann ebenfalls als Reſtitutionsgründe gelten.

1. Im Prätoriſchen Edict ſelbſt finden wir in dieſer Beziehung angegeben, wenn durch gänzliche Verweigerung oder ungebührliche Verzögerung der Juſtiz von Seiten des Gerichts, oder wenn, was Cajus Caſſius zum Edict hinzugefügt, durch außerordentliche, unerwartete Gerichtsferien, auf welche man nicht im Voraus gefaßt ſeyn konnte, um darnach ſeine Maaßregeln zu nehmen, die Rechtsverfolgung gehindert oder vereitelt worden iſt [97]), und

2. vermöge der clausula generalis wird noch hierhergezogen:

A. Wenn Naturereigniſſe oder die Gewalt Anderer die Ausübung eines Rechts unmöglich gemacht haben, wie z. B. wenn eine Wegeſervitut einer Ueberſchwem=

97) l. 1. §. 1. l. 23. §. 4. l. 26. pr. §. 4-7. D. h. t. Die in dieſen Stellen vorkommende exemptio actionis, Aufhebung der angeſtellten Klage, bezieht ſich auf die bei uns ganz weggefallene Proceßverjährung des Römiſchen Rechts, wenn der Proceß über eine gewiſſe Zeit gedauert hatte. Keller, Von der Litisconteſtation §. 15.

mung wegen, oder weil Andere ſich der Benutzung widerſetzten, die Verjährungszeit hindurch nicht hat gebraucht werden können [98]).

B. Wenn jemand durch den Tod übereilt worden iſt, bevor er ein perſönlich geltend zu machendes Recht ausüben konnte, wo ſeine Erben durch Reſtitution die Befugniß erhalten können, dasjenige nachzuholen, was der Tod, ihren Erblaſſer zu thun, gehindert hat [99]).

C. Wenn man ohne eigene Schuld keine Kunde davon erhalten, daß man zur Wahrnahme eines Rechts und zur Vermeidung von Nachtheilen etwas zu thun habe, z. B. eine gerichtliche Ladung nicht erfahren hat [100]).

D. Wenn man durch Betrug von der zeitigen Rechtsverfolgung abgehalten worden iſt [101]).

E. Ueberhaupt wenn Irrthum, Unkunde und Unerfahrenheit Grund eines Verſäumniſſes geworden ſind [102]), vorausgeſetzt natürlich, daß dieſe Fehler in

98) l. 1. §. 9. D. de itin. actuque priv. (43, 19), l. 34. §. 1. l. 35. D. de S. P. R. (8, 3), l. 14. pr. D. quemadm. serv. amitt. (8, 6).

99) l. 86. pr. D. de adq. hered. (29, 2), l. 3. §. 30-32. D. de SCto Silan. (29, 5), l. 12. D. de Carbon. ed. (37, 10).

100) l. 7. pr. D. de in integr. rest. (4, 1).

101) l. 7. §. 1. D. eod. M. ſ. §. 20. Note 4.

102) l. 1. §. 5. D. de edendo (2, 13). „Eis qui ob aetatem, vel rusticitatem, vel sexum lapsi, non ediderunt, vel ex alia iusta causa, subvenietur." Die Bemerkung geht auf die eigenthümliche editio actionis im Römiſchen Proceß, wobei alle Documente, auf die ſich der Kläger zu

concreto wirklich als entſchuldbar erſcheinen. Anwendungen davon finden wir namentlich, wenn man peremtoriſche Einreden nicht gekannt, und deshalb nicht zur rechten Zeit vorgeſchützt [103]), oder Rechte durch, aus Irrthum, verſäumte Erfüllung von Bedingungen oder teſtamentariſchen Auflagen verwirkt hat [104]). Vorzüglich wichtig iſt aber die Anwendung, die in Rückſicht des Falls vorkommt, da man nach rechtskräftig gefälltem Urtheil Thatſachen entdeckt, deren frühere Kenntniß und Angabe eine andere Entſcheidung hätte erwirken können und müſſen. Nach Römiſchem Recht wird zwar im Allgemeinen aus dieſem Grunde keine Reſtitution wider Urtheile ertheilt. Nur macht die Entdeckung von Urkunden, die ein ganz anderes Sachverhältniß angeben, eine Ausnahme. Denn obwohl ein Mal auch die Reſtitution wegen ſolcher Urkunden, für ſehr bedenklich erklärt wird [105]), ſo zeigen doch Stellen genug, daß man ſich über dieſe Bedenklichkeit, wenigſtens in wichtigen Sachen hinwegſetzte [106]).

ſtützen gedachte, gleich mit eingereicht werden mußten, widrigenfalls der daraus zu ziehende Beweis verloren war. Cuiacii Observ. X. c. 14.

103) Gaius IV. §. 125. Vergl. ſ. oben §. 10. Nr. X. Nach l. 2. C. sent. resc. non posse (7, 50) und l. 4. l. 8. C. de exc. (8, 36) iſt die Reſtitution nur noch nöthig, wenn das Urtheil ſchon geſprochen iſt.

104) l. 3. §. 31. D. de SCto Silaniano (29, 5).

105) l. 4. C. de re iud. (7, 52). „Sub specie novorum instrumentorum postea repertorum, res iudicatss restaurari, exemplo grave est.“

106) l. 35. D. de re iud. (42, 1). „Imperatores Antoninus et Verus rescripse-

Durch die Reichsgeſetze iſt dieſe Reſtitution nun aber viel weiter ausgedehnt worden. Man nahm in der älteren Praxis, nach dem Vorgange des Reichskammergerichts überhaupt an, daß die Entdeckung neuer Thatſachen, vermöge des daraus erhellenden Irrthums, die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand gegen gerichtliche Entſcheidungen begründe, und die Reichsgeſetze haben dieſe Praxis, obgleich ſie dieſelbe tadeln, doch durch die wiederholte Anordnung beſtätigt, daß die Vollſtreckung der Urtheile, nicht wegen eines, bloß aus dem erwähnten Grunde angebrachten Reſtitutionsgeſuchs, ſo wie es ſonſt der Fall iſt [107]), verſchoben, das Geſuch ſelbſt aber in Artikel gefaßt werden ſoll [108]).

runt: quamquam sub obtentu novorum instrumentorum, restitui negotia minime oporteat, *tamen in negotio publico ex causa permittere se huiusmodi instrumentis uti.*" l. 11. pr. l. 27. D. de exc. rei iud. (44, 2), l. 31. D. de iureiur. (12, 2). Ueber die letztere Stelle ſehe man §. 10. Nr. IX.

107) M. ſ. unten §. 23. Note 25.

108) Viſitationsabſchied v. 1533. §. 5. „Nachdem auch in dieſer Viſitation befunden, daß die Procuratores restitutionem wider erlangte Endurtheil vielfältig pflegen zu bitten, welches zu Verhinderung der Execution und merklichem Schaden der gewinnenden Parthei thut gereichen: ſollen Kammerrichter und Beyſitzer ein fleiſſiges Uſſehen haben, und wo ſie befinden, daß die Reſtitution calumniose oder gefährlicherweiſe oder aus Urſachen, ſo vormals im Gerichtshandel angezogen und deducirt worden wären, oder ſonſten aus neuen unrechtmäßigen und unerheblichen Urſachen begehrt, ſolcher gebetenen Reſtitution unangeſehen, in der Execution vermög gemeiner Rechten fortfahren, und die Procuratoren oder die Partheien, welche un-

Die letztere Beſtimmung wegen der articulirten Faſſung iſt ſpäter wieder abgeändert, und dem richterlichen Ermeſſen freigeſtellt worden, auch eine ganz ſummariſche Verhandlung zuzulaſſen [109]). Dagegen haben mehrere gemeine Beſcheide, auf Veranlaſſung eingeriſſener Mißbräuche, dem Imploranten auferlegt, einen Eid wider Gefährde dahin abzuſchwören, daß die jetzt vorgebrachten Thatſachen wirklich neu, und ihm früher nicht bekannt geweſen wären [110]). Was die Proceſſualiſten ſpäter, und durch dieſe wieder verleitet, einzelne Par-

ter ihnen daran ſchuldig, in die expensas condemniren; wo aber einige Parthei die Reſtitution aus rechtmäßigen erheblichen Urſachen zu bitten vorhätte, ſoll daſſelbe articulatim geſchehen, damit ſich die Richter darnach wiſſen zu halten." Wörtlich wiederholt iſt dieſe Beſtimmung in der K. G. O. v. 1555. Thl. III. Tit. 52 und im Conc. d. K. G. O. Thl. III. Tit. 62, und dem Inhalt nach im Reichskammergerichtl. Gemeinbeſcheid v. 1760, abgedruckt in Emminghaus Corp. Iur. Germ. B. 2. S. 495. Derſelben liegt übrigens unverkennbar c. 6 u. 7. X. de in integr. rest. (1, 41) zu Grunde. Es wäre, beiläufig bemerkt, keine unnütze Arbeit, die im Römiſchen und Canoniſchen Recht enthaltenen Quellen mancher reichsgeſetzlichen Vorſchriften aufzuſuchen. Man würde dadurch viel für das Verſtändniß der letzteren gewinnen. So iſt es wohl kaum zu bezweifeln, daß die bekannten Verfügungen der P. O. v. 1530. Tit. 33, 1548. Tit. 25. §. 1 u. 2 und 1577. Tit. 25. §. 1 u. 2. über den ſogenannten öffentlichen Ehebruch aus dem c. 5. X. de eo qui duxit quam polluit (4, 7) geſchöpft ſind.

109) R. D. A. v. 1600. §. 138.

110) Reichskammergerichtl. Gem. Beſch. v. 1669 u. 1671, abgedruckt bei Emminghaus a. a. O. Bd. 2. S. 358 u. 384. Der letzte dieſer Gemeinbeſcheide enthält auch die ſehr ausführliche Eidesformel.

ticularrechte aus dieſem Rechtsmittel der in integrum restitutio gemacht haben, z. B. wenn jene darüber ſtreiten, ob dies Rechtsmittel innerhalb 30 Jahre, oder nur intra decendium appellationis gebraucht werden könne, während nach der älteren Praxis und den Reichsgeſetzen hier nur an die innerhalb 4 Jahre zu erbittende Reſtitution des Römiſchen Rechts gedacht werden darf, das kann hier ohne Nachtheil übergangen werden [111]). Dagegen iſt hier aber noch eines nicht unwichtigen Streites zu erwähnen, der eine andere Anwendung der Reſtitution gegen Verſäumniß aus Irrthum betrifft. Bei den temporibus utilibus iſt Irrthum des Berechtigten ein rechtliches Hinderniß der Verjährung [112]); nicht aber bei den temporibus continuis, wo die Verjährung ohne alle Rückſicht auf Irrthum und Unkenntniß des Rechts fortläuft [113]). Dies Letztere beweiſt indeſſen eben ſo wenig, daß der Irrthum hier kein Reſtitutionsgrund ſeyn könne, als

111) M. ſ. darüber I. F. Wahl de usu rest. in integr. Praetor. Rom. in iudic. Germ. Goett. 1751. 4; Ullheimer Diss. num remed. rest. in integrum cum remed. revision. in camerae Imperialis iudicio coniungi possit. Bambergae 1788; v. Riedeſel Vorträge an den vollen Rath des K. Kammergerichts. Jena 1791. 8. Nr. II; v. Gönner Handb. des Proc. B. III. Nr. 66; Thibaut Pandectenſyſtem §. 1254.

112) l. 55. D. de aedilit. ed. (21, 1), l. 10. D. de bon. poss. (37, 1).

113) l. 12. in fin. C. de praescr. long. temp. (7, 33), l. 3. in fin. C. de praescr. 30 vel 40 ann. (7, 39), Nov. 119. c. 7.

die mehrmals vorkommende Bemerkung: daß Verjährung gegen alle Anſprüche ſchütze [114]), überhaupt die Reſtitution gegen Verjährung ausſchließt [115]), und wirklich wird in einer Stelle die Reſtitution wegen Irrthums in der hier in Frage ſtehenden Beziehung anerkannt:

„Ulpianus *libro LXXI ad Edictum.* Sed et si is sit locus, in quo opus factum est, qui facile non adiretur, utputa in sepulcro vi aut clam factum est, vel in abdito alio loco, sed et si sub terra fiat opus, vel sub aqua, vel sub cloaca aliquid factum sit, etiam post annum causa cognita competit interdictum de eo quod factum est; *nam causa cognita annua exceptio remittenda est, hoc est magna et iusta causa ignorantiae interveniente* [116]).

In dem alten Streit, der über den Irrthum als Reſtitutionsgrund in Betreff der Verjährung, geführt worden iſt [117]), haben die Gegner dieſer Reſtitution

114) l. 4. C. eod. l. 14. C. de fund. patrimon. (4, 61).

115) M. ſ. oben §. 9. Nr. I.

116) l. 15. §. 5. D. quod vi aut clam (43, 24).

117) Die Hauptſchriften darüber ſind: Oddus l. c. P. I. qu. 20. art. 4; Faber in Cod. lib. 2. tit. 32. def. 3 u. lib. 5. tit. 39. def. 2. Nr. 3; Gail Obs. lib. II. obs. 48. Nr. 5; Brunnemann ad Cod. ad leg. ult. C. de temp. in integr. rest. Nr. 7; L. Mencken sel. contr. iur. civ. disp. 2. §. 10; Coccei ius civ. contr. IV, 6. qu. 3 u. 4; I. H. Musaeus de rest. in integr. contra praescript. ex capite ignorantiae. Kiel 1704. 4; F. U. Pestel exerc. solam ignorantiam

ſich vorzüglich darauf geſtützt, daß hier nur von Erlaſſung der annua exceptio geſprochen wird. Höchſtens alſo, meinen ſie, könne aus dieſer Stelle die Zuläſſigkeit jener Reſtitution bei Verjährungsterminen, die ein Jahr nicht überſteigen, gefolgert werden. Aber die Erwähnung der annua exceptio kann ſich auch darauf beziehen, daß der Juriſt gerade von einer nur ein Jahr dauernden Klage, dem interdictum quod vi aut clam, ſpricht, und braucht gar nicht den Satz zu enthalten, daß überhaupt nur bei Klagen von ſo kurzer Dauer Reſtitution wegen Irrthums zuläſſig ſey. Betrachtet man auch die Sache aus einem allgemeinen Geſichtspunkt, ſo vermißt man in der That einen triftigen Grund, dieſe Reſtitution bei länger dauernden Klagen zu verwerfen. Freilich kann es bei Annalklagen ſich leichter ereignen, daß man ihre rechtzeitige Anſtellung aus Irrthum verſäumt, als wo man eine Friſt von 30 und mehr Jahren zum Klagen hat. Darum bleibt es aber nicht minder hart, wenn man da, wo man wirklich aus entſchuldbarem Irrthum ſo lange ſtill geſeſſen hat, ſeines Klagrechts ohne Rettung verluſtig ſeyn ſoll. Die Veranlaſſung zum

quantumvis iustam et probatam, nullam operari restit. Rintel. 1721. 4; I. Himesch (praes. I. Wunderlich) Diss. de rest. in integr. ex cap. ignor. contra praescr. non competente. Ienae 1754. 4; Leyser Med. ad Pand. Sp. 454. med. 5 f.; Müller ad Leyser. Obs. 718; Thibaut Ueber Beſitz und Verj. §. 73; Unterholzner Verjährungslehre B. 1. §. 137.

Reſtituiren wegen Irrthums, kann nur ſeltener bei den actionibus perpetuis vorkommen, aber wo ſie vorkommt, braucht ſie keineswegs weniger in der Billigkeit gegründet zu ſeyn, als bei anderen Klagen, und ob ſie dies ſey, dies hat ja immer die reſtituirende Behörde zu prüfen und zu ermeſſen. Man muß daher die Anſicht von Muſäus, Cocceji, Thibaut und Unterholzner [118]) billigen, welche hier nicht bloß bei den Annalklagen ſtehen bleiben. Aber wenn die beiden Letzteren ſich doch wieder auf die Klagen beſchränken, welche in kürzerer Zeit als 30 Jahren verjähren, ſo beruht dies nur auf ihrer oben widerlegten Meinung, daß jede Reſtitution bei der ſogenannten praescriptio longissimi temporis wegfalle [119]).

In dem obigen Verzeichniß ſind nun ſämmtliche Anwendungen der clausula generalis enthalten, welche ſich mit Sicherheit in den Quellen nachweiſen laſſen [120]), und es iſt keine vergebliche Arbeit, dieſelben

118) M. ſ. die Stellen der Genannten in der vorigen Note.

119) M. ſ. §. 10. Nr. VIII.

120) Natürlich gehören diejenigen Stellen nicht hierher, worin alia iusta causa restitutionis nur im Gegenſatz eines vorher ſpeciell genannten Reſtitutionsgrundes vorkommt, wie z. B. wenn in l. 15. §. 22, 32, 33. D. de damno infecto (39, 2) davon die Rede iſt, daß man wegen Abweſenheit oder Minderjährigkeit, vel ex alia iusta causa Reſtitution bekommen könne, wobei offenbar an Zwang, Betrug und Irrthum, keineswegs aber an die clausula generalis gedacht iſt.

ſo ſorgfältig geſammelt zu haben. Denn aus der Vergleichung dieſer Anwendungen ergiebt ſich ohne Schwierigkeit der Irrthum, welcher dem alten, ſchon bei den Gloſſatoren viel verhandelten Streit, ob die clausula generalis ſich bloß auf andere Fälle der Abweſenheit, als im Edict namentlich aufgezählt ſind, oder ganz allgemein auf alle erdenklichen Billigkeitsgründe beziehe, auf beiden Seiten zu Grunde liegt [121]). Denjenigen, welche Erſteres behauptet haben, iſt allerdings mit Recht der Einwurf gemacht worden, daß die Ueberſchwemmung eines Feldes, woran Jemandem eine Servitut zuſtehe, ſich unmöglich als Abweſenheit des Berechtigten anſehen laſſe, und daß überhaupt nicht allein die clausula generalis mehrmals angewandt werde, wo von Abweſenheit gar nicht die Rede ſeyn könne, ſondern auch ſelbſt die im Edict namhaft gemachten Reſtitutionsgründe zum Theil nicht unter den Begriff der Abweſenheit zu bringen wären, wie hohe Würden des Beklagten, oder die Juſtizverweigerung von Seiten des Gerichts. Man kann es nur billigen, wenn die Mehrzahl der Juriſten ſich von jeher gegen die Begriffsverdrehung aufgelehnt hat, welche nöthig iſt, um in den eben angegebenen Beiſpielen und mehreren anderen Fällen ähnlicher Art einen casus absentiae herauszu-

121) Die Hauptſchriftſteller beider Partheien nennt Glück Comm. §. 471. Note 66 u. 70. Sie einzeln anzugeben, ſcheint mir hier überflüſſig, da die eine Meinung ſo irrig iſt als die andere.

bringen. Aber man darf auch wiederum nicht in das entgegengeſetzte Extrem verfallen, wie durchgehends geſchieht. Dies könnte nur zuläſſig ſeyn, ſoferne ſich keine in der Mitte liegende Grenze darböte. Eine ſolche gewährt uns indeſſen die obige Zuſammenſtellung. Die Reſtitution wegen Minderjährigkeit, Zwang und Betrug ꝛc. betrifft auch und zwar vorzugsweiſe Handlungen, die vom Verletzten ſelbſt oder von Anderen für ihn zu ſeinem Nachtheile vorgenommen worden ſind. Hingegen die restitutio maiorum im engeren Sinn, oder propter absentiam bezieht ſich ohne Ausnahme nur auf Unterlaſſungen, wenn unterblieben iſt, was der Verletzte zum Erwerb oder zur Erhaltung und Sicherſtellung von Rechten und zur Abwendung von Nachtheilen hätte thun müſſen. Dabei zählt das Edict zwar nicht bloß Fälle der Abweſenheit als Reſtitutionsgründe auf, wohl aber lauter entſchuldbare Hinderniſſe an der Vornahme deſſen, was man unterlaſſen hat, und die mannigfaltigen Anwendungen der clausula generalis laufen alle ebenfalls darauf hinaus. Wäre dies Zufall, ſo müßte man an der Zuverläſſigkeit jeder Abſtraction verzweifeln. Die Uebereinſtimmung iſt zu auffallend und tritt in zu vielen Beiſpielen hervor, um nicht auf einem beſtimmt gedachten und conſequent durchgeführten Princip zu beruhen. Nur alſo, wo um Reſtitution gegen die ſchädlichen Folgen einer Unterlaſſung gebeten wird, darf

der Richter vermöge der clausula generalis jedes Hinderniß berückſichtigen, welches ihm das Verſäumniß wirklich zu rechtfertigen oder wenigſtens ſehr zu entſchuldigen ſcheint, dann aber auch unbedingt, und nicht bloß wenn er das Hinderniß auf Abweſenheit zurückführen kann; niemals hingegen, wo man wider Rechtsgeſchäfte oder ſonſtige Handlungen und deren Folgen in den vorigen Stand geſetzt ſeyn will, ſondern dann dürfen nur Minderjährigkeit und die anderen beſtimmten Reſtitutionsgründe in Betracht gezogen werden.

In wie ferne die hier entwickelte Anſicht ſich von der gewöhnlichen Auffaſſung der generellen Clauſel trenne, bedarf wohl keiner weiteren Ausführung, da der praktiſch gewiß ſehr erhebliche Unterſchied aus dem Geſagten, wie ich glaube, genugſam erhellt. Wer auch bei Handlungen auf die clausula generalis geſehen wiſſen will, der ermächtigt den Richter, manches Rechtsgeſchäft umzuſtoßen, welches ich als unumſtößlich betrachte; ja faſt jedes Geſchäft, da, wo das Ermeſſen ganz unbeſchränkt iſt, es am Ende an einem ſcheinbaren Vorwande nicht fehlen wird, um die Aufhebung für billig zu erklären. Aber auf einen Grund für meine Anſicht will ich noch aufmerkſam machen, wiewohl auch dies faſt unnöthig ſcheinen möchte, indem der Beweis, der eigentlich allein entſcheiden kann, in der obigen Ueberſicht der ſämmtlichen vorkommenden Anwendungen der clausula generalis liegt. Was hätte,

müſſen wir fragen, die Prätoren veranlaſſen können, in beſonderen Edicten Reſtitution wegen Minderjährigkeit, capitis diminutio und Irrthum zu verheißen, wenn die Möglichkeit dieſer Reſtitutionen ſchon in der clausula generalis begründet geweſen wäre? Sollte Publicius auch die Abſicht gehabt haben, ſich durch dieſe Clauſel ganz freie Hand beim Reſtituiren zu erhalten, was wir, um nichts Unerweisliches zu behaupten, immerhin als möglich zugeben können, obgleich es keine beſonderen Gründe dafür giebt, ſo müſſen doch die Römer wenigſtens damals, als jene anderen Edicte aufgeſtellt wurden, die clausula generalis in einer beſchränkteren Beziehung genommen haben. Und wie könnten auch ſonſt die Römiſchen Juriſten dazu kommen, ſich mit einer genauen Abgrenzung der einzelnen Reſtitutionsgründe und überhaupt der Bedingungen der Reſtitution abzumühen? Aller Scharfſinn, alle Feinheiten, welche gerade in dieſer Rückſicht entwickelt werden, wären verſchwendet, ſobald zuletzt doch nur das arbitrium iudicis entſchiede, und der Richter die vollkommenſte Freiheit hätte, alles was ihm billig dünkte zu einem Reſtitutionsgrunde zu erheben. Es träte dann recht eigentlich der Fall ein, von dem Celſus ſo treffend ſagt: „Est haec quaestio de bono et aequo, in quo genere plerumque sub auctoritate iuris perniciose erratur" 122).

122) l. 91. §. 3. D. de V. O. (45. 1).

Dieſer aus der Unvereinbarkeit der herrſchenden Theorie von der clausula generalis mit den anderen iustis causis restitutionis hergenommene Grund wird auch keineswegs durch das aufgewogen, was man für dieſe Theorie anführt, vielmehr gewinnt er dadurch an Bedeutung. Man ſtützt ſich hauptſächlich auf die Worte, womit Ulpian ſeinen Commentar über die clausula generalis einleitet [123]), und allerdings bedient er ſich hier ſehr allgemeiner Ausdrücke. Die Clauſel ſey nothwendig, ſagt er, weil viele Fälle vorkommen könnten, in denen Reſtitution als billig erſcheine, und die der Prätor doch nicht alle aufzuzählen im Stande geweſen ſey, daher man ſich, ſo oft die Billigkeit Reſtitution erheiſche, an dieſe Clauſel halten müſſe. Indem aber Ulpian dieſe Bemerkung durch eine Reihe von Beiſpielen erläutert, hält er ſich genau innerhalb der oben bezeichneten Grenzen, ja berückſichtigt ſogar nur Fälle einer wahren Abweſenheit. Es beſtätigt ſich alſo hier wieder die bekannte Erfahrung, daß man ſich mehr auf die praktiſchen Angaben der Römiſchen Juriſten, als auf ihre allgemeinen Raiſonnements verlaſſen muß. Ein zweites Argument wird aus den mannigfaltigen Anwendungen der clausula generalis in den Quellen hergenommen. Aber dies Argument, obgleich entſcheidend gegen diejenigen, welche hier bloß an Abweſen-

123) l. 26. §. 9. D. h. t.

heit denken, verſchwindet doch auch, ſobald man nur den richtigen Begriff des Fundaments der restitutio maiorum, ein Hinderniß an der Wahrnahme eines Rechts, kennt und feſthält. Am einleuchtendſten zeigt ſich dies beim Zwang, Betrug und Irrthum. Auch dieſe ſind in der obigen Zuſammenſtellung als Reſti-tutionsgründe vorgekommen, welche unter die generelle Clauſel ſubſumirt werden. Allein nur wo ſie eine Unterlaſſung veranlaßt haben, geſchieht dies [124]). In den Stellen hingegen, wo von Reſtitution gegen Handlungen wegen Zwangs und Irrthums die Rede iſt, wird nirgends auf die clausula generalis hingewieſen, ſondern da erſcheinen dieſe Motive der Handlung als eigenthümliche, ſelbſtſtändige Reſtitutionsgründe, deren Urſprung in anderer Verbindung zu ermitteln ſeyn wird, und aus denen daher nicht auf andere Umſtände, welche etwa die Aufhebung nachtheiliger Rechtsgeſchäfte, und anderweitiger Folgen von Handlungen empfehlen könnten, zurückgeſchloſſen werden darf.

Zuletzt iſt noch die Frage zu beantworten, was die der clausula generalis im Edict angehängten Worte:
„Quod eius per leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta, decreta principum licebit,"

124) l. 1. §. 9. D. de itin. actuque priv. (43, 19), l. 1. §. 5. D. de edendo (2, 13), l. 7. D. de in integr. rest. (4, 1).

ſagen wollen? wobei wir indeſſen die Antwort nicht weit zu ſuchen brauchen, da Ulpian ausdrücklich in Beziehung darauf bemerkt:

„Quae clausula non illud pollicetur, restituturum si leges permittant, *sed si leges non prohibeant*“ [125]).

Demzufolge ſind wir auch jetzt noch befugt, neue Anwendungen der clausula generalis zu machen; nur verſteht ſich dabei, daß dieſe ſtets dem Princip der restitutio maiorum gemäß ſeyn, alſo nur Hinderniſſe am Handeln betreffen müſſen. Es läßt ſich daher allerdings vertheidigen, wenn Manche demjenigen die restitutio ex clausula generali einräumen, der durch einen morbus sonticus von der Geltendmachung eines Rechts abgehalten worden iſt, oder durch Armuth, indem er nicht die häufig im Proceß erforderlichen Vorſchüſſe und Cautionen hat bewerkſtelligen können, oder dadurch, daß er nicht im Stande geweſen iſt, einen Anwalt zu bekommen. Denn in allen dieſen Fällen kann man ſagen, daß der Verletzte adverso casu laborabat, wie es bei Ulpian heißt [126]), und dadurch an der Rechtsverfolgung gehindert ward. Dagegen iſt es ſchlechterdings verwerflich, die restitutio ex clausula generali allgemein wegen Verſehen eines Bevollmächtigten, namentlich eines Anwaltes im Proceß, zu geſtatten. Mag dies immerhin die Aucto-

125) l. 28. §. 2. D. h. t. 126) l. 1. pr. D. h. t.

rität faſt aller Praktiker[127]) und ſelbſt des Reichskammergerichts [128]) für ſich haben und mag das Gegentheil auch zuweilen hart ſeyn, indem vorzüglich bei proceſſualiſchen Verſehen eine Parthei ſelten im Stande ſeyn wird, Entſchädigung bei ihrem Anwalte zu erlangen; die Reſtitution aus jenem Grunde widerſpricht nichtsdeſtoweniger ſowohl dem Weſen der generellen Clauſel, als auch einem klaren Geſetze [129]), und dient überdies, Unordnung, Willkühr und Nachläſſigkeit in den Proceßgang hineinzubringen. Selbſt Minderjährigen, die doch vor Allen in Anſehung der Reſtitution begünſtigt ſind, ſoll bloß dann wider die Handlungen ihrer Procuratoren geholfen werden, wenn das, was geſchehen iſt, dem ertheilten Auftrage gemäß war, alſo der Schaden auf ein Verſehen des Minderjährigen ſelbſt zurückgeführt werden kann [130]). Nur in dem Fall kann das hier Geſagte eine Ausnahme leiden, wenn etwas im Proceß verſäumt worden iſt, und die Unterlaſſung durch ein probables Hinderniß gerechtfertigt werden kann. Denn alsdann ſteht es der Reſtitution, wie oben ausgeführt worden iſt, nicht unbedingt im Wege, daß ein Procurator da war, deſſen Pflicht es geweſen wäre, die unterbliebene Handlung vorzunehmen. Allein dabei wird vorausgeſetzt, daß der Ver-

127) Glück Comm. §. 471 u. 472. u. d. daſ. Angeführten.

128) M. ſ. oben Note 72.

129) l. 10. C. de procurator. (2, 13).

130) M. ſ. unten §. 14. Note 37.

letzte es rechtfertigen kann, warum er nicht anderweitig für die Vornahme deſſen geſorgt hat, was ſein Anwalt hätte thun ſollen, aber nicht gethan hat. Hinderniſſe, die bloß den Procurator betroffen haben, können an ſich nicht dem Mandanten zu Gute kommen, ſo ferne dieſer den Umſtänden nach ſehr wohl Zeit und Gelegenheit gehabt hätte, ſelbſt noch das Verſäumte zu beſorgen, oder durch einen anderen Bevollmächtigten beſorgen zu laſſen, weil dann der Verletzte mehr durch ſeine eigene Schuld als durch ein wahres Hinderniß in Schaden gekommen iſt. Und dies iſt gerade ein wichtiger Punct; denn wo die restitutio ex clausula generali noch recht in Gebrauch iſt, da wird es gewöhnlich als genug angeſehen, wenn der Advocat einer Parthei nicht Zeit für ſeine Arbeiten gehabt hat, und darauf getroſt zur endloſen Verſchleppung der Proceſſe gegen die ärgſten Verſäumniſſe Wiedereinſetzung in den vorigen Stand ertheilt.

Es iſt freilich kaum zu erwarten, daß bei der faſt allgemeinen Anerkennung, welche die gewöhnliche Anſicht von der generellen Clauſel in der Praxis gefunden hat, eine abweichende wiſſenſchaftliche Deduction Einfluß erlangen und eine Aenderung bewirken werde. Wer indeſſen Gelegenheit gehabt hat, zu bemerken, wie leichtſinnig oft mit der restitutio ex clausula generali zu Werke gegangen wird, der muß ſich aufgefordert finden, immer von Neuem gegen dieſen Mißbrauch

anzukämpfen, welcher um ſo gefährlicher werden kann, je leichter es dabei iſt, Unrecht und Willkühr in den Mantel der Billigkeit einzuhüllen, und was aus bloßer Partheilichkeit geſchieht, für den Ausfluß einer höheren Gerechtigkeit auszugeben. Wie ſehr eine Erſchwerung der Reſtitution gegen nachläſſige Proceßführung den Rechtsgang beſchleunige, das beweiſt die Erfahrung in Schleswig und Holſtein, wo jede Reſtitution erſt bei der Regierung erbeten werden muß. Das Circumduciren der Termine und überhaupt die verſpätete Vornahme proceſſualiſcher Handlungen iſt hier unendlich viel ſeltener als da, wo die Gerichte noch brevi manu einem Verſäumniß abhelfen können.

§. 13.

β. Minderjährigkeit (restitutio minorum):

A. Geſchichtliche Einleitung.

Es iſt bekannt, daß, während das älteſte Römiſche Recht nur Mündige und Unmündige unterſchied, die Lex Plaetoria oder Laetoria, welche man gewöhnlich dem Volkstribunen M. Lätorius Plancianus zuſchreibt und daher ins Jahr Roms 490 ſetzt [1]), zuerſt den mit dem vollendeten 25ſten Lebensjahre ablaufenden Minderjährigkeitstermin einführte [2]), hauptſächlich,

1) Bach. Hist. iurispr. Rom. II. c. 2. §. 26.

2) Außer den beiden Hauptbeweisgründen für dieſen Ur-

wo nicht allein, zu Gunſten mündiger Jünglinge, adulti, adolescentes, welche sui iuris waren, alſo weder unter väterlicher Gewalt, noch unter tutela impuberum oder feminarum ſtanden, und daher, mit ihrem Vermögen ganz ſich ſelbſt überlaſſen, bei dem frühen Eintritt der Pubertät, beſonders Gefahr liefen, ſich durch ihren jugendlichen Mangel an Erfahrung und Vorſicht Schaden und Verluſt in rechtlichen Verhältniſſen zuzuziehen. Von den Vorkehrungen, welche die Lex Plaetoria zur Sicherung der Minderjährigen wider Nachtheile und Beeinträchtigungen traf, wiſſen wir indeſſen nur:

ſprung des Minderjährigkeitstermins, nämlich daß in l. 2. C. Th. de donat. (8, 12), der Volljährige „annos Laetoriae legis egressus" genannt wird, und daß Plautus in Pseud. I, 3. v. 68 f. die Lex Plaetoria als „lex quiuavicenaria" bezeichnet, kann hier auch noch angeführt werden, daß die Volljährigkeit häufig legitima aetas heißt, was auf eine Lex als Quelle der Unterſcheidung Minderjähriger und Volljähriger hinweiſt, l. 27. pr. D. de neg. gest. (3, 5), l. 32. §. 2. D. de test. tut. (26, 2), l. 20. §. 1. D. de lib. leg. (34, 3), l. 16. §. 9. D. de public. (39, 4), l. 1. pr. D. de fideiuss. tut. (27, 7), l. 41. pr. D. de fideiuss. (46, 1), l. 28. §. 2. D. de appell. (49, 1), l. 1. C. si tut. vel cur. (2, 25), l. 4. C. de his qui ven. aet. (2, 45), l. 1. C. si mai. fact. (2, 46), l. 4. C. si quis ignor. rem min. (5, 73), l. 5. C. quando dies (6, 53), Brissou. Antiquit. III. c. 2. Ohne Zweifel iſt es übrigens eine richtige Bemerkung von Heinecc. Hist. Edicti perp. p. 408, daß die 25 Jahre als die Zeit der Jugend damit zuſammenhängen, daß die Römer 100 Jahre als die höchſte Lebensdauer betrachteten, l. 56. D. de usufr. (7, 1), l. 8. D. de usufr. leg. (33, 2), l. 23. C. de sacros. eccles. (1, 1), Plin. N. H. VII. c. 4.

1. daß ſie eine Curatel über Minderjährige anordnete, welche jedoch nicht immer, ſondern nur unter gewiſſen, uns nicht bekannten Umſtänden, eintreten ſollte [3]), aber keine bloße cura ad actum, wie Einige gemeint haben, ſondern eine wahre Curatel zur Verwaltung des Vermögens war, ſo fern man dem Dio Caſſius [4]) trauen darf, der indeſſen hier vielleicht einen Anachronismus begangen und ſchon dem Mäcen in den Mund gelegt haben dürfte, was erſt ſeit Antoninus Philoſophus Rechtens war [5]), wie bereits Noodt [6]) bemerkt hat.

2. Daß ſie alle einſeitigen Verſprechungen Minderjähriger gänzlich verwarf und für unverbindlich erklärte, was zwar nur in Rückſicht der Stipulationen ausdrück=

3) Capitolinus in Marco c. 10. „De curatoribus vero, quum ante *non nisi ex lege Laetoria* vel propter lasciviam vel propter dementiam darentur, ita statuit (Anton. Philos.), ut omnes adulti curatores acciperent, non redditis causis.“ M. ſ. Heinecc. Antiq. I, 23. §. 8 u. 9, Zimmern's Rechtsg. §. 237 und Gaii Epit. I, 8.

4) Lib. LII. c. 20. Dio Caſſius läßt hier den Mäcenas ſagen: „In equestrem statum allegendi, octodecim annos aetatis habere debent; hac enim aetate potissimum et corporum firma affectio et ingenium conspicitur. In senatum vero adscribendi annos viginti et quinque: quomodo enim non sit turpe et damnosum, *quum nemini ante id aetatis suorum bonorum administratio concedatis*, iis, qui eandem aetatem nondum adtigerint, rem publicam vos credere.“

5) Nach der in Note 3 angegebenen Stelle von Capitolinus.

6) Comment. ad Pand. XXVI, 5. in fine.

lich bezeugt wird [7]), aber, wenn es bei dieſen galt, um ſo mehr noch bei bloßen Pactis der Fall ſeyn mußte.

3. Endlich, daß ſie auf den Betrug gegen Minderjährige nicht nur Criminalſtrafen [8]) und wahrſcheinlich auch Infamie [9]) ſetzte, ſondern überdies auch dem Minderjährigen eine beſondere Einrede gegen betrügliche und darum für nichtig erklärte Geſchäfte verlieh, die man recht füglich die exceptio legis Plaetoriae nennen kann, und die nicht unwichtig war, weil zur Zeit, als die Lex Plaetoria erlaſſen ward, die exceptio doli nur noch bei contractibus bonae fidei Statt

7) Priscianus lib. VIII. p. 743. „Suetonius in IV Praetorum: *Minor XXV annorum stipulari non potest*, passive dixit.“ und p. 744. „Suetonius autem passive protulit in quarto Praetorum: *Laetoria quae vetat minorem annis XXV stipulari*, ἐπερωτᾶσθαι.“ Darauf ſpielt auch Plautus in Rud. V, 3. v. 25 f., in den Worten eines Schuldners zu ſeinem Gläubiger, an:

„. . . . . Cedo, quicum
„habeam iudicem
„Ni dolo malo instipulatus sis,
„nive etiam dum siem
„Quinque et viginti natus
„annos.“

8) Cic. de offic. III. c. 15. „Atque iste dolus malus etiam legibus erat vindicatus, ut tutela XII tabulis, et circumscriptio adolescentium lege Laetoria.“ Idem de nat. Deor. III. c. 30. „Inde iudicium publicum rei privatae lege Laetoria.“ Wahrſcheinlich zielt darauf Plaut. in Pseud. I, 3. v. 68 f. in den Worten:

„Perii, an non, tum me lex
„perdit quinavicenaria,
„*Metuunt credere omnes . . .*“

9) In der Tab. Heracl. Abſchn. 8. (Hugo's Civ. Mag. B. 3. S. 376) wird eine Anzahl Perſonen aufgezählt, wobei dem Zuſammenhange nach nur Ehrloſe gemeint ſeyn können, und darunter wird auch genannt: „queive lege Plaetoria ob eamve rem, quod adversus eam legem fecit, fecerit, condemnatus est, erit.“

fand [10]). Doch wäre es wohl möglich, daß die lex Plaetoria nicht ausdrücklich die Unverbindlichkeit der von ihr beſtraften Rechtsgeſchäfte ausgeſprochen hätte, ſondern daß man dieſe Unverbindlichkeit nur als etwas ſich in Folge der Strafbarkeit von ſelbſt Verſtehendes annahm. Nur darüber kann kein Zweifel ſeyn, daß die Minderjährigen auf die eine oder die andere Weiſe durch die lex Plaetoria das Recht erlangten, die Geſchäfte, bei welchen ſie betrogen worden, nicht zu halten. Auf dieſe exceptio legis Plaetoriae bezieht ſich eine Stelle in den Pandecten, die, weil man dieſe Beziehung überſehen hat, häufig ganz mißverſtanden worden iſt.

„Paulus *libro III ad Plautium*. Rei autem cohaerentes exceptiones etiam fideiussoribus competunt, ut rei iudicatae, doli mali, iurisiurandi, quod metus causa factum est. Igitur et si reus pactus sit in rem, omnimodo exceptio competit fideiussori. Intercessionis quoque exceptio, item quod libertatis onerandae causa petitur, etiam fideiussori competit. Idem dicitur, et si pro filiofamilias contra senatusconsultum quis fideiusserit, *aut pro minore viginti quinque annis circumscripto*. Quod si deceptus sit in re, tunc nec ipse ante habet auxilium, quam restitutus fuerit, nec fideiussori danda est [11])."

10) M. ſehe unten §. 18.

11) l. 7. §. 1. D. de except. (44, 1).

In der letzten Periode dieſer, in der Folge noch wiederholt zu berückſichtigenden, Stelle iſt hier die Lesart der Florentiniſchen Handſchrift aufgenommen. Die Vulgathandſchriften haben: „Quod si deceptus non sit," und Haloander lieſt: „Quia si deceptus non sit." Der Sinn bleibt aber bei dieſen verſchiedenen Lesarten immer derſelbe; denn er kann, bei dem Gegenſatz gegen das unmittelbar Vorhergehende, welcher ausgedrückt werden ſoll, nur der ſeyn, daß, wenn der Minderjährige ohne Betrug verletzt worden iſt, ihm erſt Reſtitution bewilligt ſeyn muß, bevor ihm ſelbſt oder ſeinem Bürgen eine Einrede gegen das Geſchäft zuſteht, während im Fall des Betrugs unmittelbar eine Einrede begründet iſt. Das deceptus esse in re der Florentiniſchen Handſchrift, welches auch anderswo eben ſo vorkommt [12]), und das non deceptus esse der anderen Manuſcripte, ſind hier beides nur Formen der Bezeichnung einer Verletzung ohne Betrug, als Gegenſatz der vorher genannten circumscriptio, der Verletzung durch Betrug, und ſo iſt unſere Stelle auch in den Baſiliken [13]) aufgefaßt, wenn es hier heißt: „*Εἰ δὲ νομίμως περιεγράφη*," oder: „Si vero iure circumscriptus sit" nach der Reitziſchen Ueberſetzung, indem der Ausdruck: iure circumscriptum esse,

12) l. 36. pr. D. de V. O. (45, 1). in Meermann. Thes. T. V. p. 80.

13) Lib. LI. tit. 1. lex 8.

doch offenbar nur von einer Verletzung verſtanden werden kann, die ſich dem anderen Theil nicht als eine Unrechtlichkeit anrechnen läßt, alſo nicht auf Betrug beruht. Betrachten wir nun, hiervon ausgehend, die Einrede etwas genauer, welche dem, „qui pro minore viginti quinque annis circumscripto fideiussit,“ auch ohne vorgängige Reſtitution zuſtehen ſoll, ſo iſt klar, daß die allgemeine, im Prätoriſchen Edict aufgeſtellte exceptio doli nicht gemeint ſeyn kann; denn dieſe nennt der Juriſt gleich zu Anfang der Stelle, während er nachher augenſcheinlich eine Anzahl beſonderer Einreden aufführen will. Es muß alſo dem betrogenen Minderjährigen noch eine beſondere, auch ſeinem Bürgen zu Gute kommende Einrede gegeben ſeyn, und dieſe muß älter ſeyn, als die allgemeine exceptio doli des Prätoriſchen Edicts, weil ſonſt kein Grund zur Einführung derſelben vorhanden geweſen wäre, wodurch wir denn zu der ohnehin ſehr nahe liegenden Annahme geführt werden, daß die lex Plaetoria ſich nicht begnügt habe, Strafen auf den Betrug gegen Minderjährige zu ſetzen, ſondern auch den Minderjährigen das Recht ertheilt habe, betrügliche Geſchäfte nicht anzuerkennen, ſich folglich durch eine beſondere Einrede ex lege Plaetoria dawider zu ſchützen.

Auf ähnliche Weiſe möchte auch noch eine Stelle Ulpians zu erklären ſeyn:

„Ulpianus *libro XXXII ad Edictum.* Si

quis colludente procuratore meo ab eo emerit, an possit agere ex empto? Et puto hactenus, ut aut stetur emptioni aut discedatur. *Sed et si quis minorem viginti quinque annis circumvenerit, et huic hactenus dabimus actionem ex empto, ut diximus in superiori casu.* Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus, nam qui emit, obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat [14])."

Man ſieht leicht, daß hier drei Fälle zuſammengeſtellt werden, in welchen der eine Contrahent bei einem Kaufcontract es in ſeiner Gewalt hat, den Vertrag zu verwerfen oder beſtehen zu laſſen, und eben ſo einleuchtend iſt es, daß, wenn unter dieſen Fällen auch der angegeben wird, da ein Minderjähriger betrogen worden iſt, Ulpian dabei nicht die allgemeine exceptio doli, ſondern ein beſonderes Recht Minderjähriger vor Augen gehabt haben muß. Dies beſondere Recht kann aber auch wieder nicht wohl in etwas Anderem als dem Grundſatz der lex Plaetoria gefunden werden, daß ein betrogener Minderjähriger nicht an das Geſchäft gebunden ſey. Eine Anſpielung auf die restitutio minorum in Ulpians Aeußerung zu erblicken, wäre durchaus unzuläſſig, weil, wo ein Minderjähriger erſt der Reſtitution gegen einen Vertrag be-

14) l. 13. §. 27-29. D. de act. empti vend. (19, 1).

darf, derſelbe keineswegs berechtigt iſt, den Vertrag unmittelbar als unverbindlich zu behandeln.

Wahrſcheinlich würden ſich bei näherer Nachforſchung noch mehr Spuren der durch die exceptio doli faſt ganz in Vergeſſenheit gerathenen exceptio legis Plaetoriae nachweiſen laſſen, wenn es hier von Intereſſe wäre, dieſen Gegenſtand noch weiter zu verfolgen [15]. Nirgends kommt dagegen etwas davon vor, daß die lex Plaetoria auch die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand eingeführt habe, obgleich dies von Briſſonius [16], Heineccius [17] und Hetzer [18] behauptet worden iſt, deren Gründe aber auch nur in einer Mißdeutung der erwähnten Beſtimmungen jenes Geſetzes beſtehen [19], wozu Briſſonius noch das nichtsſagende Argument hinzufügt, daß Ulpian ein Mal den annus utilis, in welchem vor Juſtinian die Reſtitution verjährte [20], ein *legitimum* tempus nennt [21]. Erſt der Prätor ſtellte in ſeinem Edict den Satz auf, welcher die Quelle der eigentlichen Reſtitution wegen Minderjährigkeit iſt, nämlich:

15) Es dürften daraus namentlich l. 7. pr. D. de dolo (4, 3) und l. 16. §. 1. D. de minor. (4, 4) zu erklären ſeyn.

16) Antiq. iur. civ. III. c. 2.

17) Hist. iur. I, 99. in nota.

18) Diss. ad legem Laetoriam. Lips. 1719. 4. (in Fellenb. Iurispr. antiq. T. II. p. 591).

19) Biener l. c. cap. 3.

20) M. ſ. unten §.

21) l. 19. D. de minor. (4, 4). Briſſonius hätte ſich auch auf Conſtantin in l. 5 u. 6. C. de temp. in integr. rest. (2, 53) berufen können.

„QUOD CUM MINORE QUAM VIGINTI QUINQUE ANNIS NATU GESTUM ESSE DICETUR; UTI QUAEQUE RES ERIT, ANIMADVERTAM [22]."

Wann jedoch dieſe neue Rechtswohlthat, welche die Vorſchriften der Lex Plaetoria allmählich verdrängte, den Minderjährigen ertheilt worden ſey, darüber fehlen durchaus alle Nachrichten. Sehr zweifelhaft iſt es aber auf jeden Fall, wenn Hugo [23]) unſer Edict in die Zeiten der Republik ſetzt, und Biener [24]) daſſelbe ſogar für nicht viel jünger hält, als die lex Plaetoria. In der That giebt es dafür keine anderen Beweiſe, als daß nach zwei Stellen, die ſich aber auch anders erklären laſſen, nicht bloß Labeo, ſondern ſelbſt Ofilius die Reſtitution Minderjähriger gekannt zu haben ſcheint. Die eine dieſer Stellen iſt von Calliſtratus, welcher berichtet, Labeo habe geſchrieben, daß, wem als Embryo eine Erbſchaft zugefallen ſey, der könne nachher auch Reſtitution gegen die vor ſeiner Geburt erfolgte Uſucapion ſeiner Erbſchaftsſachen Reſtitution erhalten [25]). Obgleich aber dies in den Pandecten, und vielleicht auch ſchon von Calliſtratus

22) l. 1. §. 1. D. eod. Aus l. 19. D. cit. geht übrigens hervor, daß das Edict urſprünglich ausführlicher geweſen ſey, als es in der l. 1. §. 1. cit. angegeben iſt.

23) Rechtsgeſch. S. 630. der 10ten Aufl.

24) l. c. cap. V. p. 21.

25) l. 45. pr. D. de minor. (4, 4).

auf die Reſtitution wegen Minderjährigkeit bezogen worden iſt, ſo iſt doch gar ſehr die Frage, ob Labeo wirklich dieſe im Sinn gehabt habe; denn in dem angegebenen Fall kann eben ſowohl wegen Abweſenheit, als wegen Minderjährigkeit reſtituirt werden, da wohl Niemand leugnen wird, daß ein Embryo zu denen gehöre, welche ohne ihre Schuld außer Stande ſind, ihre Rechte wahrzunehmen. Labeo konnte daher ſo ſchreiben, wie er gethan, ohne von einer restitutio minorum etwas zu wiſſen. Die andere hierhergehörige Stelle iſt das ſehr bekannte Fragment von Ulpian, worin er den Satz entwickelt, daß die Reſtitution wegfalle, wo man ipso iure munitus ſey [26]). Hierin heißt es nun unter andern:

„Ita relatum est apud Labeonem: si minor circumscriptus societatem coierit, vel etiam donationis causa, nullam esse societatem, nec inter maiores quidem, *et ideo cessare partes Praetoris.* Idem et Ofilius respondit; satis enim ipso iure munitus est."

Aus welchen Gründen Labeo und Ofilius die Societät in den von Ulpian genannten Fällen für ungültig erklärt haben, iſt hier gleichgültig. Vermuthlich dürfen wir hier wieder eine Hindeutung auf die Beſtimmungen der lex Plaetoria über die circumscriptio adolescentum erkennen. Alles kommt darauf

26) l. 16. D. eod.

an, ob Labeo und Ofilius nur als Auctoritäten für die Ungültigkeit der Societät angeführt werden, und daher die aus dieſer Ungültigkeit abgeleitete Folgerung: „cessare partes Praetoris" von Ulpian herrührt, oder ob der Folgeſatz auch ſchon jenen beiden angehört? Die Conſtruction der Stelle giebt uns hierüber keinen Aufſchluß, da Ulpian hier ſo eigenthümlich durch einander referirt und ſelbſt redet, daß man die Grenze zwiſchen der Relation und ſeinen eigenen Worten nicht mit Sicherheit ziehen kann. Folgende Umſtände berechtigen uns indeſſen, wie mir ſcheint, jenes „cessare partes Praetoris" Ulpian zuzuſchreiben.

Hätte Ofilius bereits die restitutio minorum gekannt, ſo hätte auch Cicero dieſelbe kennen müſſen. Aber Cicero, der wiederholt von den zu ſeiner Zeit ſchon vorhandenen Edicten von der Abweſenheit, vom Zwang und Betrug ſpricht, berührt nirgends auch nur entfernt die Reſtitution wegen Minderjährigkeit, obſchon er die mannigfaltigſte Veranlaſſung in ſeinen Reden wie in ſeinen philoſophiſchen Schriften gehabt hätte, eines ſo höchſt auffallenden aequum ius zu gedenken. Bei anderen Schriftſtellern würde freilich dies Schweigen wenig bedeuten, aber gerade bei Cicero, der ſonſt kein irgend erhebliches Rechtsinſtitut ganz übergeht, iſt es allerdings ſehr zu beachten, und das Gewicht deſſelben wird dadurch unterſtützt, daß das Edict von der restitutio minorum in den Pandecten,

gleich wie in den Edictscommentaren, hinter das vom Betruge geſtellt iſt, alſo jünger ſeyn muß als dieſes, von dem wir wiſſen, daß es erſt zu Cicero's Zeit aufgeſtellt worden iſt [27]). Allein nicht bloß bei Cicero iſt nicht von der restitutio minorum die Rede; wir können überhaupt die Kunde von dieſer Reſtitution nicht höher hinaufführen als auf den Juriſten Ariſto [28]), der noch unter Trajan, alſo ums Ende des erſten Jahrhunderts der Kaiſerzeit lebte. Daher iſt auch eine auffallende Verſchiedenheit zwiſchen den Auctoritäten, die im Pandectentitel „ex quibus causis maiores" (4, 6), und denen, die im Titel „De minoribus" (4, 4) citirt werden. Dort wird jeden Augenblick auf Labeo [29]) und ſelbſt auf Servius Sulpicius [30]) Bezug genommen, hier im Gegentheil, mit Ausnahme der beiden vorhin erwähnten zweideutigen Anführungen von Labeo und Ofilius, immer nur auf Juriſten von Ariſto an [31]). Zu dieſen äußeren Gründen, welche dafür ſprechen, den Urſprung der re-

27) V. ſ. unten §. 18. Note 63-66.

28) l. 16. §. 2. D. de minor. (4, 4).

29) l. 9. l. 13. pr. l. 17. §. 1. l. 22. §. 2. l. 26. §. 4 u. 6. l. 28. §. 3 u. 4. D. ex quib. caus. mai. (4, 6).

30) l. 26. §. 4. D. eod.

31) Daß auch der in l. 24. §. 2. D. de minor. (4, 4) von Paulus angeführte Scävola zu dieſen Juriſten gehöre, und keiner der berühmten Mutier ſey, ſondern der Pandectenjuriſt Q. Cervidius Scävola, der Lehrer von Papinian und Septimius Severus (Capitolinus in Caracalla c. 8.), geht daraus hervor, daß Paulus ihn noster nennt.

stitutio minorum nicht höher hinauf zu verlegen, als in die Zeit der erſten Römiſchen Kaiſer, geſellt ſich auch noch ein innerer. Während die anderen Reſtitutionsgründe jedem zu Statten kommen können, iſt die restitutio minorum ein höchſt exorbitantes ius singulare. Es iſt kaum glaublich, daß man zur Zeit der Republik, wo dergleichen Begünſtigungen einzelner Klaſſen von Perſonen im Privatrecht überhaupt etwas Seltenes waren, den Prätoren geſtattet haben ſollte, die Minderjährigen noch weiter vom gemeinen Recht zu eximiren, als es ſchon die lex Plaetoria gethan hatte. Hingegen unter den Kaiſern kamen gleich rechtliche Begünſtigungen derjenigen an die Tagesordnung, welche man im Vergleich mit Anderen als in einer nachtheiligeren Lage befindlich anſah, wie die Privilegien der Soldaten und Veteranen, die erweiterten Rechte der Freigelaſſenen, das SCtum Velleianum und das SCtum Macedonianum hinlänglich zeigen. In den Geiſt dieſer Zeit paßte daher auch ein Edict wie das über die restitutio minorum vollkommen hinein, um ſo mehr, da wir aus einer erſtaunlichen Menge Kaiſerlicher Reſcripte ſehen, daß die Kaiſer ſich gerade für das Reſtituiren als eine Gnadenſache ſehr intereſſirten, und daß hier von einem Prätoriſchen Inſtitut die Rede iſt, macht dabei auch keine Schwierigkeit, indem wir ausdrückliche Zeugniſſe dafür beſitzen, daß noch unter den Kaiſern Edicte über die Reſtitu-

tion erſchienen, deren zwei von Cajus Caſſius, dem Lehrer des Ariſto, aufgeſtellt wurden [32]). Erwägt man alle dieſe Gründe, ſo wird man ohne Zweifel zugeben müſſen, daß eine Stelle, worin eine Anſpielung auf die restitutio minorum eben ſo gut von Ulpian als von Labeo und Ofilius herrühren kann, kein genügender Beweis dafür ſey, daß Letztere wirklich dieſe Reſtitution gekannt haben. Ich glaube aber ſogar noch weiter gehen zu können. Die restitutio minorum muß nicht nur jünger ſeyn als Labeo; ſie muß ſelbſt jünger ſeyn als die unter Kaiſer Claudius gegebene lex Claudia, welche die Weiber von der lebenslänglichen Tutel ihrer Agnaten befreite [33]).

Wiewohl das Edict von der restitutio minorum, wenigſtens in ſeiner jetzigen Faſſung, ganz allgemein lautet, ſo ward es doch anfangs nur auf ſolche Minderjährige bezogen, welche mündig und sui iuris waren. In Rückſicht der minderjährigen filiifamilias war ſelbſt zu Ulpians Zeit die Theorie nicht ganz auf dem Reinen darüber, in wie fern ihnen Reſtitution zu ertheilen ſey [34]), und erſt in den Conſtitutionen ſpäterer Kaiſer ſind alle Bedenklichkeiten in dieſer Beziehung verſchwunden [35]). In Anſehung der Unmündi-

32) l. 26. §. 7. D. ex quib. caus. mai. (4, 6), l. 11. D. quae in fraud. cred. (42, 8).

33) Gaius I, §. 157, Ulp. XI. §. 8. l. 3. C. de legit. tutor. (5, 30).

34) l. 3. §. 4 u. 7. l. 29. pr. l. 38. §. 1. D. de minor. (4, 4).

35) l. 1. l. 2. C. de filiofam. min. (2, 23).

Digitized by Google

gen dagegen trat ſchon früher eine Aenderung ein. Nachdem es nämlich durch die bekannte Conſtitution von Antoninus Philoſophus Regel geworden war, den Minderjährigen Curatoren zu geben 36), ſo war kein Grund mehr vorhanden, den Unmündigen ihrer Tutoren wegen Reſtitution zu verſagen. Es ward daher auch in der Praxis angenommen (placuit), daß Unmündige unter Tutel eben ſo wohl Reſtitution erhalten könnten, als die unter Curatel ſtehenden Minderjährigen im engeren Sinn 37), und zwar muß ſich dieſe Praxis, wie es natürlich das Bedürfniß erforderte, ſehr bald gebildet haben, weil ſchon Gajus, der allerdings die erwähnte Antoniniſche Conſtitution erlebt hat 38), aber auch nicht lange überlebt haben kann, ſo wie auch ſein Zeitgenoſſe Pomponius, von der restitutio minorum als einer ſo allgemeinen Rechtswohlthat der Minderjährigen reden 39), daß man dabei nicht wohl bloß an mündige Minderjährige denken kann. Wenn man aber, wie aus dem Geſagten erhellt, bis zur Einführung der allgemeinen cura minorum die Reſtitution wegen Minderjährigkeit nicht auf Unmündige anwenden zu dürfen glaubte, weil man dieſe durch

36) Capitolinus in Marco c. 10. verglichen mit Gaii Epit. I, 8; pr. I. de curator. (1, 13), l. 1. §. 3. D. de minor. (4, 4).

37) l. 2. l. 3. C. si tut. vel cur. (2, 25).

38) Gaii Epit. I, 8.

39) Gaius II, §. 163., IV. §. 57. l. 32. pr. D. ad SCtum Vellei. (16, 1).

ihre Tutoren als hinreichend gegen Schaden geſichert anſah, ſo hätte man aus demſelben Grunde jene Reſtitution noch weniger auf zwar minderjährige, aber mündige Frauenzimmer beziehen können, ſo lange die lebenslängliche Tutel über Weiber fortdauerte. Aber in den zahlreichen Stellen, welche von der Reſtitution minderjähriger Frauenzimmer ſprechen [40]), finden ſich gar keine Andeutungen, daß dieſe Reſtitution nur auf einer Ausdehnung eines früher beſchränkteren Rechtsmittels beruhe, welche doch kaum fehlen könnten, ſo fern wirklich eine ſolche Ausdehnung Statt gefunden hätte. Dies leitet, meines Bedünkens, zu der Vermuthung hin, daß die beſtändige Tutel über Weiber bereits aufgehört haben mußte, als das Edict über die restitutio minorum erſchien, alſo gleich von Anfang an keine Veranlaſſung vorhanden war, bei der Anwendung dieſes Edicts zwiſchen Jünglingen und Jungfrauen zu unterſcheiden. Völlige Gewißheit über dieſen Punkt iſt freilich wohl nie zu erwarten; indeſſen habe ich es der Mühe werth gehalten, hier zu entwickeln, was für mich durch möglichſt ſorgfältige Vergleichung der Quellen einen hohen Grad innerer Wahrſcheinlichkeit gewonnen hat, um dadurch vielleicht die Auffindung anderer Indicien, ſey es für oder wider meine Meinung, herbeizuführen.

40) M. ſ. §. 14. Note 2.

§. 14.

B. Allgemeine Grundſätze über die Reſtitution Minderjähriger [1]).

Nach dem, was am Ende des vorigen § ausgeführt worden, iſt im ſpäteren Römiſchen Recht die Reſtitution wegen Minderjährigkeit auf keine Klaſſe von Minderjährigen beſchränkt, ſondern kann im Allgemeinen Allen auf gleiche Weiſe ertheilt werden, ſie mögen männlichen oder weiblichen Geſchlechts [2]), mündig oder unmündig [3]), noch der väterlichen Gewalt unterworfen [4]), oder davon unabhängig ſeyn. Gleich viel iſt es auch, ob die Minderjährigen allein gehandelt haben, oder mit Beiſtand und Genehmigung ihres Vaters oder Vormundes [5]), und ſelbſt die Geſchäfte, welche ohne ihre eigene Mitwirkung von ihren Vätern oder Vormündern für ſie vorgenommen worden ſind, ſchließen, ſo fern dieſelben nicht ohnehin wegen unbefugter Ver-

1) Dig. IV, 4. De minoribus viginti quinque annis. — Cod. II, 22. De in integrum restitutione minorum viginti quinque annis. —

2) l. 3. §. 5. l. 9. §. 1. l. 16. §. 2. l. 31. l. 38. pr. l. 48. §. 2. D. h. t., l. 2. C. h. t., l. 2. C. si adv. rem iud. (2, 27), l. 1. C. si adv. transact. (2, 32), l. 2. C. si adv. del. (2, 35), l. 1. C. si adv. cred. (2, 38), l. 2. C. si saepius (2, 44), l. 1. l. 2. C. de ux. mil. (2, 52).

3) l. 7. §. 10. l. 29. pr. §. 1. l. 38. pr. l. 45. l. 47. pr. l. 49. D. h. t., l. 5. C. si adv. rem iud. (2, 27), l. 1. C. si adv. transact. (2, 32).

4) l. 3. §. 4 u. 7. l. 29. pr. l. 38. §. 1. D. h. t., l. 1. l. 2. C. de filiofam. min. (2, 23).

5) l. 29. pr. l. 34. §. 1. D. h. t., l. 2. C. si tut. vel cur. (2, 25), Paul. S. R. V, 12. §. 4.

tretung nichtig ſind [6]), auch ein Vormund nicht auf eigenen Namen, wiewohl für ſeinen Mündel gehandelt hat [7]), die Reſtitution nicht aus [8]). Auf gleiche Weiſe iſt Reſtitution möglich, wenn ein Vormund durch Verſäumniſſe ſeinem Mündel geſchadet hat [9]). Daß der Vormund bona fide zu Werke gegangen iſt, ändert hierin nichts [10]), ſo wenig als der Umſtand, daß Entſchädigung bei demſelben zu erlangen wäre [11]), welches Letztere jedoch einige Ausnahmen leidet [12]). Eben ſo iſt obrigkeitliche Beſtätigung eines Geſchäfts an ſich kein Hinderniß der Reſtitution [13]), wiewohl auch da-

6) l. 4. C. in quib. caus. in integr. rest. nec. non est (2, 41), l. 3. C. de tut. vel cur. qui satis non dedit. (5, 42).

7) l. 43. §. 1. D. de admin. tut. (26, 7), l. 4. C. si tut. vel cur. (2, 25).

8) l. 3. §. 7. l. 39. §. 1. l. 45. §. 1. l. 47. D. h. t., l. 3. l. 5. C. si tut. vel cur. (2, 25), l. 5. C. si adv. rem iud. (2, 27), l. 2. C. si adv. vend. (2, 28), l. 8. §. 6. C. de bon. quae lib. (6, 61), l. 1. C. Th. de integr. rest. (2, 16). Das Interdictum fraudatorium, deſſen die letztere Stelle am Ende gedenkt, und welches Glück, Opusc. fasc. II. S. 452. ganz mißverſteht, betrifft den Fall, wenn der Curator ſeine eigenen Sachen, in fraudem minoris, um deſſen Entſchädigungsanſprüche zu vereiteln, verkauft hat.

9) l. 38. pr. D. h. t., Nov. 1. c. 4. pr. §. 1.

10) l. 47. pr. D. h. t.

11) l. 39. §. 1. l. 47. §. 1. D. h. t., l. 25. D. de adm. tut. (26, 7), l. 3. l. 5. C. si tut. vel cur. (2, 25), Nov. 1. c. 4. §. 1. A. P. Frickii, Diss. de exc. curatoris nondum excussi rest. in integr. a minor. adultis petitam haud remorante. Helmst. 1796. 4.

12) M. ſ. §. 15. Nr. VII.

13) l. 2. C. de fideiuss. min. (2, 24), l. 11. C. de praed. et al. reb. min. (5, 71).

von wieder eine Ausnahme vorkommt [14]). Endlich wird auch nicht erfordert, daß der Gegner ſich in dolo befinde, indem es überhaupt genügt, daß der Minderjährige Schaden gehabt hat [15]).

Was die Zeit des Eintritts der Läſionen betrifft, bei welchen die Minderjährigkeit als Reſtitutionsgrund dienen ſoll, ſo findet die Reſtitution, nach Labeos wahrſcheinlicherweiſe urſprünglich in Beziehung auf die Reſtitution wegen Abweſenheit gemachter Bemerkung, zwar auch gegen ſolche Verletzungen Statt, die das einem Embryo zugefallene Vermögen ſchon vor ſeiner Geburt betroffen haben [16]); dagegen kann natürlich bei Schäden, die Jemand erſt nach erreichter Volljährigkeit, ſey es auch noch ſobald nachher, erlitten hat, von keiner Reſtitution wegen Minderjährigkeit mehr die Rede ſeyn [17]). Nur trifft dies nicht auch den Fall, wenn die von einem Minderjährigen angefangenen Rechtsgeſchäfte erſt nach der Volljährigkeit vollendet worden ſind, ſo fern die Verletzung bereits durch das während der Minderjährigkeit Geſchehene begründet war, auch die nachherige Vollendung nicht in der beſtimmten Abſicht, auf die Reſtitution wegen dieſer Läſion zu verzichten, erfolgt iſt [18]). Außerdem wird der Ablauf der Minderjährigkeit nicht wie der der Mündigkeit nach der

14) M. ſ. §. 15. Nr. V.

15) l. 7. pr. D. de exc. (44, 1), l. 5. C. h. t., l. 2. C. de fideiuss. min. (2, 24).

16) l. 45. pr. D. h. t.

17) l. 1. §. 2. D. h. t.

18) l. 3. §. 1 u. 2. D. h. t.

computatio civilis, ſondern nach der computatio naturalis berechnet, daher alles, was am 26ſten Geburtstage vor dem dem wirklichen Augenblick der Geburt entſprechenden Moment geſchehen iſt, ſich noch zur Reſtitution eignet [19]). Will man dabei noch jetzt mit den Römern den 25ſten Februar als den Schalttag anſehen [20]), wie es im Canoniſchen Recht geſchieht [21]), ſo muß die Minderjährigkeit deſſen, der im Schaltjahr an einem der fünf Tage vom 25ſten bis 29ſten Februar geboren iſt, nicht an demſelben Kalendertage nach unſerer heutigen Berechnung, an welchem die Geburt Statt gefunden hat, ſondern an dem vorhergehenden aufhören. Folgerichtig muß man dann aber auch dem, deſſen 26ſter Geburtstag in ein Schaltjahr zwiſchen den 25ſten und 29ſten Februar hineinfällt, noch einen Tag für die Dauer ſeiner Minderjährigkeit zugeſtehen, weil der Schalttag bei Zeiträumen, die länger ſind als ein Monat, eine Zugabe iſt, die nicht mit in Anſchlag kommt [22]). Der wirklichen Volljährigkeit ſteht übrigens auch in Rückſicht der Reſtitution die venia aetatis gleich, und zwar von dem Augenblick an, wo das darüber erlaſſene Reſcript der Obrigkeit des Minderjährigen inſinuirt worden iſt [23]), ſo daß alle ſpäter einge-

19) l. 3. §. 3. D. h. t.

20) l. 3. §. 3. D. cit., l. 98. D. de V. S. (50, 16).

21) cap. 14. X. de V. S. (5, 14).

22) l. 2. D. de divers. tempor. praescr. (44, 3).

23) l. 5. pr. C. de tempor. in integr. rest. (2, 53).

tretenen Läſionen von der Reſtitution ausgeſchloſſen ſind. Eine Ausnahme machte indeſſen die Veräußerung von Grundſtücken; denn da in Anſehung deren die Minderjährigkeit auch nach der venia aetatis als fortdauernd betrachtet wird [24]), ſo muß auch die Reſtitution noch in dieſer Beziehung vorkommen können [25]), z. B. wenn Grundſtücke mit obrigkeitlicher Genehmigung oder von einem Pfandgläubiger veräußert worden ſind [26]). Dagegen iſt es keine wahre Ausnahme, daß man auch gegen die Ertheilung der venia aetatis ſelbſt reſtituirt werden kann [27]), weil hier das verletzende Ereigniß noch während der Minderjährigkeit erfolgt iſt. Nach dem Grundſatz der Praxis, daß der Minderjährige, welcher zur Treibung irgend eines beſonderen Gewerbes vom Staate auctoriſirt worden ſey, in Rückſicht aller dies Gewerbe angehenden rechtlichen Geſchäfte als mit venia aetatis begabt angeſehen werden müſſe, pflegt man auch die Reſtitution bei dieſen Geſchäften zu verwerfen [28]), und in ſo fern man die Prämiſſe anerkennt,

24) l. 2. l. 3. C. de his qui veniam aetatis (2, 45).

25) Glück, Comment. B. 5. §. 458. Note 2.

26) arg. l. 11. C. de praed. et al. reb. min. (5, 71), l. 1. C. si adv. vend. pign. (2, 29).

27) l. 1. C. de his qui ven. aetat. (2, 45).

28) Oddus, P. I. qu. 23. art. 3 u. 13, Vinnii Sel. qu. I. c. 13, Voet, Comm. ad Pand. IV, 4. §. 50 u. 51, Huber, Prael. ad Pand. IV, 4. §. 5, Leyser, Med. ad Pand. Sp. 60. med. 6 – 8. Dompierre l. c. tit. 4. §. 9 u. 10, Weber, Von den natürl. Verb. §. 64. Note 7, Glück, Comm. B. 5. §. 458. Note 1, Thibaut, Pand. §. 548.

kann freilich auch gegen den Folgeſatz nichts einzuwenden ſeyn. Allein unſtatthaft iſt es, wenn man aus dieſem Grunde gewöhnlich auch die minderjährigen Doctoren der Rechtswiſſenſchaft, und zwar ganz abgeſehen von einer Ermächtigung zur juriſtiſchen Praxis, von der Reſtitution ausſchließt [29]). Die Anſicht iſt ſehr alt, und vielleicht ſchon gegen Cervottus Accurſius, den Sohn des Gloſſators, in Anwendung gebracht worden [30]); aber darum nicht minder von allem genügenden Fundament entblößt. Der politiſche Grund, der dafür ſpricht, den zur Treibung bürgerlicher Gewerbe auctoriſirten Minderjährigen die Reſtitution zu verſagen, fällt bei der Verleihung einer bloß wiſſenſchaftlichen Würde, die an ſich keinen Zuſammenhang mit den Geſchäften des Verkehrs hat, hinweg. Es kommt hier nicht die bei den Gewerbe- und Handel-Treibenden ſo wichtige Rückſicht auf den pecuniairen Credit in Betracht, und das Publicum hat auch keine gerechte Veranlaſſung, in der Ertheilung des Doctorgrades eine Erklärung der Staatsgewalt zu finden, daß man ſich nun mit dem Graduirten unbedenklich einlaſſen könne, ohne Reſtitutionsgeſuche beſorgen zu müſſen, während die Auctoriſation zu einem bürgerlichen Gewerbe, welches immer mancherlei Rechtsge-

29) Faſt alle in der vorigen Note Angeführten thun dies. Am ausführlichſten iſt Vinnius a. a. O.

30) v. Savigny, Geſch. des Röm. Rechts im Mittelalter B. 5. S. 294.

ſchäfte nothwendig macht, ſehr leicht eine ſolche Meinung erzeugt, ſo daß eine Täuſchung dieſer Erwartung häufig Viele unbilligerweiſe in Schaden bringen würde. Nun hat man zwar auch noch einige andere Argumente hervorgeſucht; dieſe ſind indeſſen noch unzutreffender. Faſt ſcherzhaft iſt es, wenn Andreas de Barulo, dem wir die erwähnte Notiz vom Servotus verdanken, ſich auf die Analogie eines Reſcripts [31]) beruft, worin einem Philoſophen, der um Befreiung von gewiſſen Reallaſten nachgeſucht hatte, vorgehalten wird, daß er als Philoſoph, anſtatt Andere an Geiz zu übertreffen, denſelben mit gutem Beiſpiel vorgehen ſolle. Doch verräth dies nicht ein Mal ein ſolches Verkennen des Weſens der Reſtitution wegen Minderjährigkeit, wie das gewöhnlich daher entlehnte Argument, daß Doctores iuris ſich nicht wie andere Minderjährige auf Rechtsirrthum berufen dürfen. Man kann Letzteres, obgleich in den Quellen nichts davon ſteht, zugeben, weil der Rechtsirrthum eines Rechtskundigen in der Regel nicht entſchuldbar ſeyn wird. Aber man darf dabei nicht überſehen, daß die Reſtitution wegen Minderjährigkeit ſich keineswegs bloß auf Unkenntniß des Rechts gründet, ſondern vielmehr auf andere Mängel der Jugend, von denen gleich näher die Rede ſeyn ſoll, und die durch den Doctorgrad nicht gehoben werden.

31) l. 6. C. de muner. patrimon. (10, 41).

Die der restitutio minorum zu Grunde liegende Idee iſt, daß es bei dem aus dem lebhafteren Temperament und der geringeren Lebenserfahrung und Geſchäftskenntniß der Jugend hervorgehenden Mangel an Vorſicht, Behutſamkeit und gerechtem Mißtrauen, ſo wie an Bekanntſchaft mit den Mitteln und Wegen zur Vermeidung von Nachtheilen, unbillig ſeyn würde, die Vorſchriften der Geſetze mit gleicher Strenge gegen die Minderjährigen in Anwendung zu bringen, wie gegen diejenigen, welche ſchon alt genug geworden ſind, um ſich die nöthige Einſicht, Gewandtheit und Bedächtigkeit zu erwerben. Dieſe Idee wird nun freilich nicht ſo durchgeführt, daß es im einzelnen Fall gerade beſtimmt erſichtlich ſeyn, und daher nöthigenfalls nachgewieſen werden müßte, wie die Verletzung, welche einen Minderjährigen betroffen hat, wirklich nur die Folge ſeiner jugendlichen Unerfahrenheit und Sorgloſigkeit ſey. Aber es muß doch wenigſtens möglich ſeyn, die eingetretene Läſion auf die „inconsulta facilitas iuventutis,“ wie es mehrmals heißt, zurückzuführen und dieſelbe daraus zu erklären. Dies gilt ſelbſt dann, wenn Andere kraft einer ihnen zuſtehenden Befugniß über Rechte eines Minderjährigen ohne Concurrenz deſſelben disponirt haben, wie wenn ſein Vormund allein für ihn gehandelt, der Richter Entſcheidungen und Decrete in ſeinen Angelegenheiten erlaſſen, ſein Gläubiger das Pfand verkauft hat. Die Römer finden auch bei den

auf dieſe Weiſe entſtandenen Läſionen, in der Annahme, daß das Intereſſe derer, die ſelbſt nicht hinreichend darüber zu wachen im Stande wären, mannigfach durch den böſen Willen Anderer gefährdet ſey 32), ein Mittel, den Schaden mit der Jugend des Verletzten in Verbindung zu bringen, wobei indeſſen, weil hier die Verbindung doch keine unmittelbare iſt, wiederholt beſondere Sparſamkeit in der Gewährung der Reſtitution eingeſchärft wird 33). Wo hingegen der Nachtheil, den ein Minderjähriger erlitten hat, durchaus in keinem Zuſammenhange mit den Gebrechen ſeines Alters ſteht, da darf auch niemals Wiedereinſetzung in den vorigen Stand dawider bewilligt werden 34). Es wird dieſer Satz auch noch in einer anderen Form ausgedrückt, nämlich, daß die Reſtitution wegfalle, ſo oft ein Minderjähriger nur „iure communi usus" ſey 35), indem dieſe Redensart ſich auf Verletzungen bezieht, die auf der Anwendung ſolcher rechtlichen Grundſätze beruhen, welche Jeden in gleicher Lage betroffen haben würden, und gegen welche daher auch den Bejahrteren ſeine

32) l. 1. pr. l. 7. §. 8. l. 17. l. 18. §. 1. D. h. t., l. 3. C. si adv. fiscum (2, 37), l. 1. C. Th. de integri rest. (2, 16).

33) l. 7. §. 8. l. 9. pr. l. 18. §. 1. l. 49. D. h. t., l. 1. C. si adv. vend. pign. (2, 29).

34) l. 7. §. 8. l. 11. §. 3-7. l. 18. §. 1. l. 20. pr. l. 24. §. 1 u. 2. l. 44. D. h. t., l. 9. §. 4. D. de iureiur. (12, 2), l. 51. §. 4. D. de fideiuss. (46, 1), l. 2. C. de filiofam. min. (2, 23), l. 1. l. 2. C. si adv. del. (2, 35), l. 1. C. qui et adv. quos (2, 42).

35) l. 51. §. 4. D. de fideiussor. (46, 1), l. 116. §. 1. D. de R. I. (50, 17), l. 12. D. h. t., l. 9. C. h. t.

größere Klugheit und Erfahrung nicht geſchützt hätte. Eine Reihe von Anwendungen, worin die entwickelten Grundſätze in den Quellen vorkommen, wird die Richtigkeit des hier Geſagten beſtätigen.

Den angegebenen Principien zufolge iſt die restitutio minorum ausgeſchloſſen, wenn Jemand als negotiorum gestor für einen Minderjährigen gehandelt, und ihn in Schaden gebracht hat. Weil ſelbſt der Volljährige im Allgemeinen eine ſolche ohne ſein Wiſſen eintretende Geſchäftsführung nicht abzuwenden vermag, alſo der Minderjährige hier nur erleidet, was jeder an ſeiner Stelle ſich hätte gefallen laſſen müſſen, ſo kann er auch nur Entſchädigung vom negotiorum gestor, nicht aber Aufhebung deſſen, was ganz unabhängig von ſeiner Jugend geſchehen iſt, verlangen [36]. Sogar wenn die Verletzung von einem Bevollmächtigten des Minderjährigen herrührt, fällt die Reſtitution weg, ſo fern der Mandatar durch praeter vel contra mandatum vorgenommene Handlungen geſchadet hat und zahlungsfähig iſt; auch wieder, weil Niemand gegen Ueberſchreitung ſeiner Aufträge geſichert iſt, wogegen, wenn die verletzenden Geſchäfte dem ertheilten Auftrage gemäß ſind, allerdings Reſtitution möglich iſt, indem alsdann der Grund der Verletzung in der Unzweckmäßigkeit des vom Minderjährigen gegebenen Auf-

36) l. 46. D. h. t.

trages liegt, und ſich folglich aus einem Verſehen des Minderjährigen ſelbſt ableiten läßt [37]).

Nach denſelben Grundſätzen kann auch von Reſtitution wegen Minderjährigkeit in Rückſicht ſolcher rechtlichen Geſchäfte nicht die Rede ſeyn, die ein Volljähriger geſchloſſen hat, und in welche ein Minderjähriger nur als Erbe, oder ſonſtiger Succeſſor von jenem eingetreten iſt [38]). Mag hier immer das Geſchäft an ſich nachtheilig ſeyn, mit der Jugend des Erben ſteht das in keinem Zuſammenhange. Ein Anderes wäre es, wenn erſt durch Handlungen oder Unterlaſſungen, die nach eingetretener Succeſſion des Minderjährigen Statt gehabt haben, das Geſchäft in ſeinen Folgen nachtheilig geworden wäre. Hier könnte freilich wieder der minderjährige Erbe Reſtitution erhalten, jedoch nicht gegen das Geſchäft ſelbſt, ſondern nur gegen die rechtlichen Folgen dieſer ſpäteren Handlungen oder Unter-

37) l. 23. D. h. t. „Si autem ipse dominus minor sit, procurator vero maioris aetatis, non potest facile dominus audiri, *nisi si mandatu eius gestum erit*, nec a procuratore servari res possit." l. 11. §. 1. D. de institor. act. (14, 3), l. 13. §. 11. C. de iudic. (3, 1). Die l. 4. C. si adv. rem iud. (2, 27) widerſpricht hier nicht, denn obgleich es hier allgemein heißt, ein Minderjähriger könne gegen einen per procuratorem geführten Proceß reſtituirt werden, ſo iſt doch keine Nothwendigkeit vorhanden, dies allgemein lautende Reſcript auch auf den Fall zu beziehen, wo der Procurator praeter mandatum gehandelt hat.

38) l. 2. C. si adv. vendit. pign. (2, 29), l. 7. C. de rest. mil. (2, 51).

laſſungen. So hat z. B. Severus Alexander ganz conſequent anerkannt, daß wenn bei einem vom Erblaſſer sub lege commissoria geſchloſſenen Vertrage der minderjährige Erbe oder deſſen Vormund die zur Abwendung der lex commissoria erforderliche Leiſtung verſäumt habe, Reſtitution wider dieſe Verſäumniß zuläſſig ſey [39], und eben daher ſteht Paulus dem minderjährigen Erben Reſtitution zu, wenn das vom Erblaſſer beſtellte Pfand erſt nach deſſen Tode auf eine nachtheilige Weiſe vom Creditor verkauft worden iſt [40]. Letzteres iſt zwar im neueren Recht weggefallen. Da nämlich überhaupt die Reſtitution gegen den Pfandverkauf nicht begünſtigt iſt [41], ſo hat Diocletian geradezu die Reſtitution des Erben wider den Verkauf eines ſchon vom Erblaſſer beſtellten Pfandes verboten, und den Erben mit ſeinen Entſchädigungsanſprüchen wegen nachtheiliger Veräußerung an den Creditor oder ſeine nachläſſigen Vormünder verwieſen [42], ausgenommen wenn eine wahrhaft betrügliche Colluſion zwiſchen dem Creditor und dem Käufer Statt gefunden hat [43]. Aber dieſe ſpecielle Beſtimmung iſt hier Nebenſache, weil das von Paulus aufgeſtellte Princip, daß ein minderjähriger Erbe bei Geſchäften ſeines Erblaſſers gegen dasjenige, was ſpäter in Beziehung auf dieſe

39) l. 38. pr. D. h. t. M. ſ. oben §. 9. Note 11.

40) Pauli S. R. I, 9. §. 8.

41) M. ſ. oben §. 8. Note 6.

42) l. 2. C. si adv. vend. pign. (2, 29).

Geſchäfte erfolgt ſey, wohl reſtituirt werden könne, dadurch nicht im Allgemeinen umgeſtoßen wird.

Ferner gehört hierher die bereits in anderer Verbindung vorgekommene Regel, daß die Reſtitution ceſſirt, wo ein an ſich nicht lädirendes Geſchäft erſt durch einen hinterher den Gegenſtand deſſelben treffenden Zufall in ſeinen Folgen nachtheilig geworden iſt. Hat hier nicht etwa der Minderjährige ſeine jugendliche Unvorſichtigkeit darin gezeigt, daß er ſich in ein Geſchäft eingelaſſen, deſſen Gegenſtand beſonders gefährdet war, in welchem Fall dann freilich wieder die Reſtitution begründet iſt, ſo beruht die Verletzung auf einem Ereigniß, dem jeder Andere nicht weniger ausgeſetzt iſt als er, und wobei demnach auch ſeine Jugend keinen Reſtitutionsgrund abgeben kann [44]). Zuweilen hat indeſſen das iure uti communi auch den Sinn des ipso iure munitum esse, welches ſchon in anderer Verbindung (§. 9) erläutert worden iſt. Dies findet ſich in zwei Beiſpielen: wenn einer von mehreren Bürgen des Schuldners eines Minderjährigen ſich der exceptio divisionis bedient [45]), und wenn ein Frauenzimmer, welches für den Schuldner eines Minderjährigen durch Novation intercedirt hat, vom SCtum Vel-

43) l. 3. C. si adv. fiscum (2, 37) verglichen mit l. 2. C. de praed. et al. reb. min. (5, 71).

44) l. 11. §. 4 u. 5. D. h. t.

45) l. 51. §. 4. D. de fidejussor. (46, 1).

leianum Gebrauch macht [46]). In beiden Fällen wird die Reſtitution auf den Grund verworfen, daß der Creditor iure utitur communi, wobei es aber unmöglich iſt, dieſen Grund daraus zu erklären, daß in dieſen Fällen die Läſion vermöge eines gegen den Minderjährigen geltend gemachten Rechts erfolgt, welches eben ſo gegen jeden anderen Creditor hätte geltend gemacht werden können. Denn wäre dies die Meinung, ſo müßte ein Minderjähriger niemals gegen ein ihm nachtheiliges Recht Anderer reſtituirt werden können, welches doch entſchieden angeht, ſelbſt gegen die exceptio SCti Macedoniani [47]). Der Sinn kann daher nur ſeyn, daß der Minderjährige hier auch ohne Reſtitution gegen Schaden geſichert iſt, indem im erſten Fall die Mitbürgen für den Reſt haften, im zweiten aber die Forderung gegen den liberirten Schuldner wieder hergeſtellt wird, und für dieſe Deutung ſpricht auch noch, daß dem Minderjährigen doch alsdann Reſtitution gegen die exceptio SCti Velleiani verheißen wird, wenn er nicht volle Befriedigung bei ſeinem alten Schuldner erlangen kann [48]). Obgleich übrigens keine anderen Anwendungen des entwickelten Princips ausdrücklich vorkommen dürften, als die, welche hier zuſammengeſtellt worden ſind, ſo laſſen ſich doch noch

46) l. 12. D. h. t.

47) l. 34. pr. l. 11. §. 7. D. h. t., l. 9. pr. D. de iuris et facti ignor. (22. 6).

48) l. 12. D. h. t.

viele mehr denken. Namentlich wäre bei den obligationes, quae ex re veniunt, d. h. welche den Schuldner ohne ſein Wiſſen und ſeinen Willen treffen [49]), wie die meiſten obligationes quasi ex contractu, und die Verpflichtung des Eigenthümers durch ſeine Thiere und ſeine Sklaven, gar nicht abzuſehen, wie die Minderjährigkeit des Schuldners einen Reſtitutionsgrund abgeben ſollte.

Während aber auf die Möglichkeit gehalten wird, den Nachtheil, welchen ein Minderjähriger erlitten hat, mit der Unerfahrenheit und dem jugendlichen Leichtſinn des Verletzten in Verbindung bringen zu können, geht auf der anderen Seite, wo dieſe Möglichkeit vorhanden iſt, die Nachſicht mit den Fehlern der Jugend auch ſo weit, daß die Reſtitution wegen Minderjährigkeit ſogar gegen Geſchäfte bewilligt werden kann, bei welchen der Minderjährige ſehr wohl die Umſtände gekannt hat, die ihm ſchädlich werden konnten oder mußten [50]), ſo fern er nur nicht argliſtig verfahren iſt [51]); ferner gegen Verbindlichkeiten aus Verträgen, bei welchen der Minderjährige ſich ſelbſt um den dadurch für ihn bezweckten Nutzen, um die versio in rem, gebracht hat, durch Verſchleuderung oder auf andere Weiſe verſchuldeten Verluſt der empfangenen Gelder und Sachen [52]);

49) l. 46. D. de O. et A. (44, 7).

50) l. 4. D. quod falso tut. auct. (27, 6).

51) M. ſ. oben §. 10. Nr. V.

52) l. 11. §. 6. l. 24. §. 4. l. 27. §. 1. l. 34. pr. D. h. t., l. 32. §. 4. D. de admin. tut.

endlich ſelbſt gegen die Folgen unerlaubter Handlungen, wenn dieſe nicht aus dolus, ſondern aus bloßer culpa hervorgegangen ſind [53]).

Ein weſentliches Erforderniß iſt dagegen noch, daß der Schaden, gegen welchen ein Minderjähriger reſtituirt ſeyn will, ihn ſelbſt betroffen habe [54]). Wenn daher Jemand Geſchäfte durch einen Minderjährigen hat beſorgen laſſen, ſo berechtigt die Minderjährigkeit des Mandatars weder dieſen ſelbſt, noch ſeinen Mandanten, auf Reſtitution Anſpruch zu machen, weil der mit dieſen Geſchäften etwa verbundene Nachtheil den Minderjährigen nicht trifft [55]). Im Fall der negotiorum gestio eines Minderjährigen iſt es natürlich anders. Hier haftet der Minderjährige, wenn er Schaden angerichtet hat, und er kann deshalb auch gegen das, was er gethan hat, in den vorigen Stand eingeſetzt werden, wobei das Eigene gilt, daß, wenn er dies nicht will, der dominus negotii ihn nöthigen darf, ihm ſeinen Anſpruch auf Reſtitution zu cediren, damit letzterer an ſeiner Stelle Reſtitution erbitten, und dadurch die verletzenden Geſchäfte beſeitigen kann [56]). Conſequent müßte daſſelbe Statt finden, ſobald ein

(26, 7), l. 95. §. 3. D. de solut. (46, 3), l. 1. l. 2. C. si adv. cred. (2, 38).

53) M. ſ. oben §. 9. Note 72.

54) l. 3. §. 4-11. l. 4. l. 5. l. 38. §. 1. D. h. t., l. 13. §. 1. D. ex quib. caus. mai. (4, 6).

55) l. 23. l. 3. §. 11. l. 4. D. h. t.

56) l. 24. pr. D. h. t., Paulus S. R. I, 9. §. 2.

minderjähriger Mandatar durch Ueberſchreitung ſeines Auftrages geſchadet hätte. Hier wird indeſſen dem Mandanten der Schaden aufgebürdet, auf den Grund, daß er ſich ſelbſt die Folgen beimeſſen müſſe, wenn er ſeine Angelegenheiten einem jungen Menſchen anvertraut habe 57). Aber es kommt beim Mandat eine andere Ausnahme vor, die ſich jedoch nicht auf den Fall bezieht, wenn die von dem minderjährigen Mandatar vorgenommenen Handlungen an ſich nachtheilig ſind, ſondern wenn er keinen Erſatz ſeiner Auslagen, überhaupt keine Befriedigung ſeiner Forderungen aus der Geſchäftsführung bei dem Mandanten bekommen kann. Alsdann iſt wieder Aufhebung alles Geſchehenen zuläſſig, um den Minderjährigen auf dieſem indirecten Wege von dem Schaden zu befreien, den ſonſt das Mandat für ihn haben würde 58).

Am auffallendſten tritt das Erforderniß der eigenen Läſion des Minderjährigen bei den Handlungen minderjähriger Sklaven hervor. Der Sklave ſelbſt konnte rechtlich nicht lädirt werden, weil er keine Rechte hatte,

57) l. 23. in fine D. h. t. „Ergo si procuratorio nomine minor circumscriptus sit, imputari debet hoc domino, qui tali commisit sua negotia, idque et Marcello placet.“ l. 7. §. 2. l. 8. D. de instit. act. (14, 3).

58) l. 23. D. h. t. in den Worten: „Sed si eventu damnum minor passurus sit, quia quod praestiterit, servare ab eo cuius negotia gessit, non potest, quia is non erit solvendo, sine dubio Praetor interveniet.“ Aus dem Anfang der Stelle erhellt, daß hier nicht eine bloße negotiorum gestio, ſondern ein Mandat gemeint iſt.

die beeinträchtigt werden konnten, und durch nichts klagbar verpflichtet ward [59]). Um ſeiner ſelbſt willen dem Sklaven Reſtitution zu ertheilen, dazu war folglich auch keine Veranlaſſung vorhanden, und es bildet auch keine wahre Ausnahme davon, wenn bemerkt wird, daß einem Sklaven, der vermöge eines Vermächtniſſes der Freiheit ſchon hätte freigelaſſen werden ſollen, wohl Wiedereinſetzung in den vorigen Stand gegen Läſionen zu Theil werden könne, die er nach dem dies fideicommissi erlitten habe, z. B. durch nachtheilige Verträge. Da nämlich bei der fideicommissaria libertas, mora ex re eintrat, ſo galt der Sklave hier eigentlich als rückwärts von dem Moment an frei, wo er ſeine Freiheit hätte erhalten müſſen [60]). Der Herr des Sklaven aber konnte auf mehrfache Weiſe Schaden durch deſſen Handlungen leiden, wenn dadurch actiones noxales oder die actiones quod iussu, de peculio, de in rem verso, tributoria, exercitoria oder institoria gegen ihn entſprangen. Hierwider half es indeſſen dem Herrn nichts, daß ſein Sklave minderjährig war; man hielt den Grundſatz feſt, daß der Minderjährige doch ſelbſt nicht verletzt ſey, und verſagte demnach auch dem Herrn die Reſtitution [61]). Dabei verdient hier auch die Frage berührt

59) l. 14. D. de O. et A. (44, 7).

60) l. 5. D. h. t., l. 26. §. 1 u. 7. D. de fideicommissar. lib. (40, 5).

61) l. 3. §. 11. l. 4. D. h.

zu werden, wie es gehalten ward, wenn nicht der Sklave, ſondern der Herr minderjährig war? Bei den Noxalklagen und der actio de in rem verso mußte dies ohne Einfluß ſeyn, indem hier die obligatio ex re entſtand, alſo die Jugend des Herrn nicht in Betracht kommen konnte. Allein bei der actio quod iussu, de peculio, tributoria, exercitoria und institoria gründete ſich die Verbindlichkeit des Herrn auf eine direct oder indirect dem Sklaven ertheilte Vollmacht, war alſo Folge und Wirkung ſeines eigenen Factums, und hier mußte daher Reſtitution möglich ſeyn [62], was auch in Anſehung der Verpflichtung durch die Handlungen eines Inſtitor ausdrücklich anerkannt iſt [63], eine Anerkennung, die in ſo ferne ein praktiſches Intereſſe hat, als die actiones institoria und exercitoria ja auch aus den Handlungen freier Perſonen entſpringen, und daher noch heutzutage vorkommen können.

Etwas modificirt finden wir die in Rückſicht minderjähriger Sklaven geltenden Grundſätze bei den minderjährigen filiisfamilias wieder. Das peculium castrense und quasi castrense iſt eigenes freies Vermögen des Sohnes, und die Schäden, welche dieſes betreffen, ſind daher unmittelbare Verluſte für den

t., l. 7. §. 1 u. 2. l. 8. D. de institor. act. (14, 3).

62) M. ſ. oben Note 37.

63) l. 11. §. 1. D. de instit. act. (14, 3).

Sohn ſelbſt, weshalb denn deſſen Minderjährigkeit hier allerdings ein Reſtitutionsgrund ſeyn kann [64]). Gleiches gilt bei der im Verhältniß zum Vater als Vermögen der Tochter angeſehenen dos [65]), ſo wie nach neuerem Recht in Anſehung des ſogenannten peculium adventitium [66]), und daſſelbe muß endlich auch, da ein filiusfamilias nicht wie der Sklave unfähig iſt, vollwirkſame Schulden zu haben [67]), für den Fall behauptet werden, wenn ein minderjähriger filiusfamilias ſolche Schulden contrahirt hat, die auf ihm ſelbſt und zwar auf ihm allein laſten, wozu nach Juſtinians Beſtimmung bekanntlich auch ſeine Delictsſchulden gehören [68]). Schwierigkeit machen daher nur die das peculium profectitium betreffenden Schäden, und die Begründung von Verbindlichkeiten, für welche auch der Vater haftet. Indeſſen glaube ich auch in dieſer Beziehung die ſtrengſte Conſequenz in den Quellen zu finden. Was zuvörderſt die Verbindlichkeiten betrifft, welche auch gegen den Vater mit den actiones de peculio, tributoria, de in rem verso, quod

64) l. 3. §. 10. D. h. t. M. ſ. auch l. 13. §. 1. D. ex quib. caus. mai. (4, 6).

65) l. 3. §. 5. D. h. t. verglichen mit l. 16. D. de relig. (4, 7), l. 4. D. de collat. (37, 8), l. 75. D. de iure dot. (23, 3).

66) l. 8. §. 6. C. de bonis quae lib. (6, 61).

67) l. 39. D. de O. et A. (44, 7), l. 141. §. 2. D. de V. O. (45, 1), l. 8. §. 4. D. de acceptilat. (46, 4), l. 5. §. 10. D. de iure dot. (23, 3), l. 3. §. 4. D. commodati (14, 6).

68) §. 7. I. de noxal. act. (4, 8).

iussu, exercitoria und institoria geltend gemacht werden können, ſo iſt hier zu berückſichtigen, daß nicht der Vater allein daraus belangt werden kann, ſondern immer auch der filiusfamilias ſelbſt, welcher ſie contrahirt hat. Sind alſo dieſe Verbindlichkeiten an ſich lädirend, ſo iſt der filiusfamilias dadurch verletzt, und es iſt daher auch allgemeine Regel, daß ein minderjähriger filiusfamilias auch gegen die Begründung von Obligationen Reſtitution erhalten könne [69]). Allein ſobald der Vater aus dieſen Obligationen in Anſpruch genommen worden iſt, hört die Läſion auf Seiten des filiusfamilias auf, indem er durch die von ſeinem Vater geleiſtete Zahlung mit liberirt wird. Daher fällt alsdann die Reſtitution weg, weil dieſe nun nicht mehr dem filiusfamilias ſelbſt, ſondern ſeinem Vater zu Gute kommen würde. Wirklich entſcheidet nun auch **Ulpian** ſo für den Fall, wenn der Vater mit der actio de peculio iſt belangt worden [70]), und wir können dies unbedenklich auch auf die Fälle anwenden, wo die anderen genannten Klagen begründet ſind, um ſo mehr, da bei dieſen in der That das argumentum a maiori ad minus eintritt. Denn bei der actio de peculio bezahlt der Vater aus dem peculium profectitium des Sohnes, und letzterer hat folglich mit-

69) l. 3. §. 4. l. 29. pr. D. h. t., l. 1. l. 2. C. de filiofam. min. (2, 23).

70) l. 3. §. 4. D. cit.

telbar Nachtheil von dieſer Bezahlung, was in den anderen erwähnten Fällen nicht Statt findet. Aber *Ulpian*, dem dieſer Umſtand keineswegs entſchlüpft iſt, bemerkt ausdrücklich, daß die bei der actio de peculio vom Vater aus dem peculium profectitium erfolgende Zahlung kein hinreichender Grund ſey, den Sohn als verletzt anzuſehen, weil das peculium, obgleich factiſch dem Sohn nützlich, rechtlich doch dem Vater gehöre, dieſer alſo ſtreng genommen aus ſeinem eigenen Vermögen bezahle [71]. Außer dieſer in der Natur der Sache liegenden Ausnahme von der Zuläſſigkeit der Reſtitution gegen die von einem filiusfamilias contrahirten Schulden, giebt es noch eine zweite poſitive, die das SCtum Macedonianum aufgeſtellt hat. Nämlich, wenn ein filiusfamilias *mit Genehmigung ſeines Vaters* Geld geliehen hat, dann ſoll auf keinen Fall dawider Reſtitution gewährt werden [72]. Wo übrigens der filiusfamilias Reſtitution

71) l. 3. §. 4. in fine D. cit. „Nec eo movemur, quasi intersit filii, peculium habere; magis enim patris, quam filii interest, licet aliquo casu ad filium peculium spectet, ut puta si patris eius bona a fisco propter debitum occupata sunt; nam peculium eius ex constitutione divi Claudii separatur."

72) l. 3. §. 4. D. cit. „Si igitur filius conveniatur, postulat auxilium, si patrem conveniat creditor, auxilium cessat, *excepta mutui datione; in hac enim, si iussu patris mutuam pecuniam accepit, non adiuvatur.* Proinde et si sine iussu patris contraxit et captus est, siquidem pater de peculio conveniatur, filius non restituatur, si filius conveniatur, poterit restitui." l. 2. C. de filiofamil. min. (2, 23).

gegen eine Schuld erlangen kann, da kann ſie auch ſein Vater für ihn erbitten, ſelbſt wider ſeinen Wunſch und Willen [73]., ſo wie auch ein ihm etwa beigeordneter Curator [74]. Daſſelbe ſoll der Vater aber auch dürfen, wenn der Sohn geſtorben und ſein peculium an den Vater zurückgefallen iſt, indem der Vater in dieſem Fall einem Erben gleichgeſtellt wird [75]. Dies iſt allerdings ſo ſehr gegen die Natur des peculium profectitium, als einem Eigenthum des Vaters, daß man verſucht iſt, hier an das peculium castrense zu denken; allein **Ulpian**, von dem jene Bemerkung herrührt, benimmt uns dieſen Ausweg, da er unmittelbar hinterher erſt den Uebergang zum peculium castrense macht und angiebt, in wie ferne dabei Reſtitution zuläſſig ſey [76].

So ſteht es in Rückſicht der von einem filiusfamilias contrahirten Schulden. Nun frägt ſich aber noch, wie es zu halten ſey, wenn Sachen aus dem peculium profectitium uſucapirt, oder auf eine nachtheilige Weiſe veräußert worden ſind, überhaupt, wenn dies peculium auf eine Weiſe vermindert worden iſt, die, ſobald daſſelbe eigenes Vermögen des filiusfami-

73) l. 27. pr. D. h. t.

74) l. 29. pr. D. h. t.

75) l. 3. §. 9. D. h. t. „Pomponius adiicit: ex his causis, ex quibus in re peculiari filiifamilias restituuntur, posse et patrem, quasi heredem, nomine filii, post obitum impetrare cognitionem."

76) In l. 3. §. 10. eod.

lias wie ſein peculium castrense und adventitium wäre, die Reſtitution begründen würde? Unſtreitig iſt hier die Reſtitution durchaus zu verſagen, aus demſelben Grunde, aus welchem Ulpian die Reſtitution gegen eine vom Vater aus dem peculium profectitium bezahlte Schuld des Sohnes verwirft, weil nämlich das peculium profectitium, obgleich dem Sohne Vortheile gewährend, doch Eigenthum des Vaters iſt, alſo Letzterer allein rechtlich unter der Verminderung deſſelben leidet [77]). Es iſt auch nirgends von einer Reſtitution gegen Verluſte aus dem peculium profectitium die Rede [78]), wohl aber giebt es eine entgegenſtehende Stelle. Denn wenn Paulus ſagt, daß, wo ein Minderjähriger nur im Auftrage ſeines Vaters eine Verwaltung führe, derſelbe nicht reſtituirt werden könne [79]), ſo ſind wir befugt, dieſe Bemerkung auch hierher zu beziehen, da das Verhältniß eines filiusfamilias zu ſeinem peculium profectitium ja nur das einer, ihm vom Vater aufgetragenen, beſonderen Verwaltung iſt.

Mit den ausgeführten Grundſätzen ſtehen mehrere noch in den Quellen vorkommende Entſcheidungen über die Reſtitution minderjähriger Kinder in väterlicher Ge-

77) M. ſ. Note 71.

78) Die anſcheinend dieſer Behauptung entgegenſtehende l. 3. §. 9. D. h. t. (m. ſ. Note 75) bezieht ſich, wie der Zuſammenhang zeigt, nur auf die Reſtitution gegen Schulden des filiusfamilias.

79) l. 23. init. D. h. t.

walt in der genaueſten Uebereinſtimmung. Wir haben in anderer Verbindung geſehen, daß Kinder auch gegen die Begründung der väterlichen Gewalt ſelbſt in den vorigen Stand geſetzt werden können [80]), und dies erſcheint jetzt als ganz in der Ordnung, weil das eigene Intereſſe der Kinder verletzt iſt. Eben ſo verhält es ſich, wenn ein minderjähriger filiusfamilias auf ein Vermächtniß verzichtet hat, welches er nach dem Tode ſeines Vaters haben ſollte [81]), oder bei einer Erbeseinſetzung unter der Bedingung, daß er innerhalb einer beſtimmten Zeit vom Vater emancipirt werde, verſäumt hat, ſeinen Vater, der zur Emancipation bereit geweſen wäre, von dieſer Bedingung in Kenntniß zu ſetzen [82]). In beiden Fällen iſt der filiusfamilias um einen Erwerb gekommen, der ſchon nach altem Römiſchen Recht, als man noch keine Adventitien kannte, nie ſeinem Vater, ſondern nur ihm ſelbſt zugefallen wäre. Auch hier iſt es demnach ſtreng folgerichtig, wenn die Reſtitution für ſtatthaft erklärt wird, ſo wie es auf der anderen Seite nicht weniger conſequent iſt, daß die Reſtitution gegen die Verabſäumung einer Erwerbung unzuläſſig ſeyn ſoll, ſo ferne der Vater des Minderjährigen den Erwerb bekommen haben würde [83]).

80) l. 3. §. 6. D. h. t., l. 6. §. 1. D. de bon. poss. (37, 1), l. 9. pr. C. Th. de bon. damn. (9, 42), l. 2. C. si adv. rem iud. (2, 27). M. ſ. §. 10. Nr. 1, 1.

81) l. 3. §. 7. D. h. t.

82) l. 3. §. 8. D. h. t.

83) l. 38. §. 1. D. h. t.

Zum Beſchluß iſt hier noch einer Stelle zu gedenken, welche ohne Zweifel auch mit der Regel in Verbindung ſteht, daß die Läſion den Minderjährigen ſelbſt getroffen haben muß. Ihr Inhalt iſt kurz folgender. Wenn, ſagt Paulus, der Curator einer Minderjährigen ihrem Manne eine ihr Vermögen überſteigende Dos verſprochen hat, und dies in der Abſicht zu ſchenken oder argliſtig geſchehen iſt, dann wird ihm nicht geholfen, ſondern er muß von dem Seinigen zuſchießen. Hat hingegen der Curator in gutem Glauben nur Namens ſeiner Curandin die Dos verſprechen wollen, indem er deren Vermögen für hinreichend hielt, dann wird die Curandin dadurch wirklich verpflichtet, weil ihr ſelbſt alles zu Gute kommt, was als Dos gegeben wird, und der Curator braucht daher nichts aus ſeinem Vermögen herzugeben, wohl aber muß die Curandin ihrem Manne eine Verſchreibung ausſtellen, die Dos completiren zu wollen, ſobald ſie die Mittel dazu erhalte [84]). Die in dieſer Stelle vorkommende Bemerkung, daß dem in der Abſicht zu ſchenken oder argliſtig handelnden Curator nicht geholfen werde, „non succurritur," „Praetor non subvenit," geht unſtreitig auf die Reſtitution. Dieſe ſoll ihm hier nicht wegen der Minderjährigkeit ſeiner Pflegbefohlnen zu Theil werden, weil der Nachtheil ſeines zu weit gehenden Verſprechens nur ihn allein trifft. In dem

84) l. 43. §. 1. D. de admin. tut. (26, 7).

andern Fall hingegen, wo der Curator „animo negotia gerendi" wie es heißt, gehandelt hat, würde allerdings die Curandin Reſtitution bekommen, obgleich Paulus ſich über dieſen Punkt nicht ausſpricht. Denn daß die restitutio minorum auch auf das Verſprechen einer übermäßigen Dos Anwendung leide, iſt ausgemacht [85]), und es iſt hier ja auch nicht von Handlungen eines eigentlichen negotiorum gestor, wogegen freilich ein Minderjähriger nicht reſtituirt werden kann [86]), ſondern von einer Handlung des Vormundes die Rede, die immer, wo ſie dem Minderjährigen ſchädlich iſt, die Reſtitution begründet [87]). Einen directen Widerſpruch gegen Paulus finden wir nun zwar bei Terentius Clemens, der das vom Vormunde argliſtig geſchehene Verſprechen einer Dos, ſo weit es das Vermögen der Curandin überſteigt, für ipso iure nichtig erklärt [88]). Wer aber darin Recht habe, dies zu unterſuchen, gehört nicht weiter hierher; nur verdient bemerkt zu werden, daß Ulpian eben ſo wenig wie Paulus eine promissio dotis ultra vires patrimonii an ſich als ungültig behandelt [89]). Vielleicht meint Terentius Cle-

85) l. 9. §. 1. D. h. t. „In dotis quoque modo mulieri subvenitur, si ultra vires patrimonii, vel totum patrimonium circumscripta in dotem dederit."

86) l. 46. D. h. t. M. ſ. oben Note 36.

87) M. ſ. oben Note 8.

88) l. 61. pr. D. de iure dot. (23. 3).

89) M. ſ. die Stelle in Note 85.

mens aber auch nur, daß die Curandin ſelbſt nicht durch das argliſtige Verſprechen ihres Vormundes obligirt wird, wobei dann der Widerſpruch wegfallen würde, weil Paulus gleichfalls nicht die Curandin, ſondern nur ihren Vormund haften läßt.

§. 15.

C. Poſitive Beſchränkungen der Reſtitution Minderjähriger.

Bereits bei Zuſammenſtellung der allgemeinen poſitiven Beſchränkungen der Reſtitution iſt darauf aufmerkſam gemacht worden, daß es noch beſondere Beſchränkungen der Reſtitution Minderjähriger gebe, und dieſe ſind jetzt einzeln aufzuführen. Die hierher gehörigen Fälle, in welchen die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand nicht ertheilt werden darf, ſind:

I. Wenn ein Minderjähriger ſich bei dem Geſchäft, wogegen er Reſtitution ſucht, für majorenn ausgegeben hat [1]). Dies iſt indeſſen eigentlich nur eine Anwendung des allgemeinen Satzes, daß Niemand gegen Geſchäfte Reſtitution erhalten kann, wobei er betrüglich verfahren iſt [2]); daher auch dieſe Beſchränkung wegfällt, ſo ferne der Minderjährige ſelbſt im Irrthum über ſein Alter geweſen iſt [3]), ausgenommen wenn er

1) l. 32. l. 43. D. de minor. (4, 4), l. 1. l. 2. l. 3. C. si min. se mai. dix. (2, 43), Cod. Gregor. II, 2.

2) M. ſ. oben §. 10. Nr. V.

3) l. 1-4. C. si min. se mai. dix. (2, 43).

ſeine Erklärung beſchworen hat. Doch wird im letzteren Fall noch eine merkwürdige Unterſcheidung gemacht. Ein geleiſteter körperlicher Eid ſoll unbedingt die Reſtitution ausſchließen, ein ſchriftlicher Eid hingegen vermöge des durch Urkunden, aber nicht durch Zeugen geführten Beweiſes, daß man wirklich zur Zeit des verletzenden Geſchäftes minderjährig geweſen ſey, beſeitigt werden können [4]).

II. Wenn gegen ein beſchwornes Geſchäft Reſtitution geſucht wird, und der Minderjährige bei Ablegung des Eides ſchon mündig war. Nach Römiſchem Recht war dies freilich wohl noch nicht der Fall; denn als Regel wird angegeben, daß der promiſſoriſche Eid die Ungültigkeit ſo wie die Umſtoßung eines Geſchäftes nicht hindere [5]); eine Conſtitution von Arcadius und Honorius, welche demjenigen Strafe droht, der ſeinen frei und mit Ueberlegung beſchwornen Vertrag nicht halten will, nimmt ausdrücklich die Minderjährigen aus [6]), und daß Severus Alexander ein Mal einem Minderjährigen ſeines geleiſteten Eides wegen die Reſtitution verſagt hat [7]), beweiſt bei einer Gna-

4) l. 3. C. eod.

5) l. 7. §. 16. D. de pactis (2, 14).

6) l. 41. C. de transact. (2, 4).

7) l. 1. C. si adv. vend. (2, 28). Dies iſt die litterairgeſchichtlich ſo merkwürdige Stelle, welche den bekannten Streit unter den Gloſſatoren, durch den unſere heutige Theorie vom promiſſoriſchen Eide herbeigeführt worden iſt, veranlaßt hat. M. ſ. v. Savigny Geſch. des R. Rechts im Mittelalter B. 4. S. 162 f.

denſache eben ſo wenig die rechtliche Nothwendigkeit einer ſolchen Verſagung, als der eben erwähnte Grundſatz, daß dem Minderjährigen, der ſich eidlich, obwohl irrigerweiſe, für majorenn ausgegeben hat, nicht geholfen werden ſoll. Aber Kaiſer Friedrich I. hat hier die Sache außer Zweifel geſetzt [8]), wenigſtens nach der Erklärung ſeiner Verordnung, die nun ein Mal in der Praxis allgemein angenommen iſt. Auf die Reſtitution wegen Minderjährigkeit muß aber die Ausnahme wegen eines geleiſteten Eides ausſchließlich bezogen werden. So ferne nämlich Geſchäfte, die man gezwungen oder betrogen oder aus Irrthum eingegangen hat, eidlich bekräftigt worden ſind, und zwar nicht erſt hinterher, ſo daß der Eid als eine nachfolgende Ratihabition betrachtet werden könnte, dann findet wieder die Regel Anwendung, daß promiſſoriſche Eide, welche ſich auf Zwang, Betrug und Irrthum gründen, keine verbindliche Kraft haben [9]). Das Canoniſche Recht erkennt daher auch an, daß man ſogar in Betreff einer beſchwornen lex commissoria reſti-

8) Authent. *Sacramenta puberum* C. si adv. vend. (2, 28). Ausführlicher findet man die Friedericianiſche Conſtitution in Feud. II, 53. §. 3.

9) In cap. 6. X. de his quae vi (1, 40) wird zwar die auf den Grund des Zwanges und Betrugs gegen ein beſchwornes Geſchäft geſuchte Reſtitution abgeſchlagen, aber nur weil in dem concreten Fall, der dieſes Reſcript veranlaßt hat, der angebliche Zwang und Betrug der Art waren, daß ſie überhaupt keine Berückſichtigung verdienten.

tuirt werden könne, wenn man ohne eigenes Verſchulden an der rechtzeitigen Befriedigung des Gläubigers gehindert worden ſey [10]).

III. Wenn ein Minderjähriger ſich gegen die von ſeinem Vater für ihn geſchehene Annahme oder Ausſchlagung eines deferirten Erwerbes, namentlich einer Erbſchaft oder eines Vermächtniſſes hat reſtituiren laſſen, und nachher wiederum dagegen reſtituirt ſeyn will [11]).

IV. Wenn ein minderjähriger filiusfamilias auf Befehl ſeines Vaters eine Anleihe in Geld gemacht hat [12]).

V. Wenn der Schuldner eines Minderjährigen in Folge eines obrigkeitlichen Decrets an den Vormund deſſelben gezahlt hat. Iſt hier das Geld verloren gegangen, ſo muß der Minderjährige ſich an den Vormund halten, aber Reſtitution gegen den Schuldner kann er nicht erlangen [13]), und in gewiſſen Fällen gilt dies ſogar, wenn auch ohne richterliches Decret an den Vormund gezahlt worden iſt, nämlich bei

10) cap. 7. X. de pignor. (3, 21).

11) l. 8. §. 6. C. de bon. quae lib. (6, 61), verglichen mit l. 7. §. 9. D. de minor. (4, 4).

12) l. 3. §. 4. D. de minor. (4, 4), l. 2. C. de filiofam. min. (2, 23).

13) l. 7. §. 2. D. de minor. (4, 4), l. 25. C. de admin. tut. (5, 37), §. 2. I. quib. al. licet vel non (2, 8). Die ſcheinbar widerſprechende l. 1. C. si adv. sol. (2, 33) muß als ein Reſcript nur auf Zahlungen ohne obervormundſchaftliches Decret bezogen werden.

Zahlung von Zinſen, Miethgeldern und anderen dergleichen regelmäßigen Präſtationen [14]) und bei Erfüllung eines Fideicommiſſes [15]).

VI. Wenn der Proceß eines Minderjährigen dadurch verloren gegangen, daß derſelbe durch Schuld ſeines Vormundes oder Procurators über die drei Jahre hinaus, innerhalb welcher nach Juſtinians Vorſchrift jeder Proceß beendigt ſeyn ſoll [16]), verſchleppt worden iſt. Hier ſoll ſich der Minderjährige auch wieder an den ſchuldigen Vormund oder Procurator halten, und nur wenn dieſer nicht im Stande iſt, den Schaden zu erſetzen, Reſtitution bekommen können [17]). Dieſe Ausnahme fällt indeſſen mit der Römiſchen Proceßverjährung bei uns weg.

VII. Wenn ein Vormund in einer Klage für ſeinen Mündel ſich eine pluris petitio hat zu Schulden kommen laſſen [18]), wovon aber ebenfalls nicht mehr die Rede ſeyn kann [19]).

VIII. Wenn ein Pfand, welches ſchon der Erblaſſer eines Minderjährigen beſtellt hatte, vom Creditor verkauft worden iſt [20]), ſo ferne

14) l. 25. C. de admin. tut. (5, 37).

15) l. 7. pr. C. ad SCtum Trebell. (6, 49).

16) l. 13. C. de iudic. (3, 1).

17) l. 13. §. 11. C. cit.

18) Consultat. vet. ICti tit. V. lex 3, l. 1. §. 1. C. de plus petit. (3, 10).

19) M. ſ. oben §. 10 a. E.

20) l. 2. C. si adv. vend. pign. (2, 29).

nicht der Käufer argliſtig mit dem Gläubiger colludirt hat [21]).

IX. Endlich wenn die Reſtitutionsbefugniß von Minderjährigen collidirt, indem zwei Minderjährige ein Geſchäft mit einander haben, wobei einer oder der andere Schaden leiden muß, je nachdem es erhalten oder umgeſtoßen wird. Es wird hier die Regel angewandt: In pari causa melior est conditio possidentis [22]). Ein Beiſpiel gewährt die Verſchleuderung des Geldes, welches ein Minderjähriger einem anderen ſeines Alters geliehen hat. Denn, allgemeinen Regeln zufolge, müßte der Schuldner wider die Verbindlichkeit aus dieſem Darlehn reſtituirt werden können [23]). Alsdann wäre aber auch wieder Grund, den verletzten Creditor in den vorigen Stand zu ſetzen, und deshalb fällt hier alle Reſtitution weg, daher, wenn nicht bezahlt worden iſt, der Creditor den Schaden tragen muß, wenn dagegen ein Mal bezahlt iſt, der Debitor [24]). Wo dagegen bloß der eine im Nachtheil iſt, der andere, ſo ferne das Geſchäft beſtehen bliebe, einen reinen Gewinn machen würde, da tritt jene Beſchränkung der Reſtitution nicht ein. Aus dieſem

21) l. 3. C. si adv. fisc. (2, 37), verglichen mit l. 2. C. de praed. et al. reb. min. (5, 71).

22) l. 11. §. 6. D. de minor. (4, 4) verglichen mit l. 91. §. 3. D. de V. O. (45, 1), l. 128. pr. D. de R. I. (50, 17).

23) M. ſ. oben §. 14. Note 52.

24) l. 11. §. 6. D. de minor. (4, 4).

Grunde kann ein minderjähriger Creditor gegen die exceptio SCti Macedoniani nicht bloß dann Reſtitution erhalten, wenn ſein Schuldner majorenn, ſondern auch, wenn derſelbe minderjährig iſt, vorausgeſetzt, daß eine wirkliche versio in rem Statt gefunden hat, weil ſonſt der Schuldner mit dem baaren Schaden des minderjährigen Gläubigers bereichert werden würde [25]).

Zu den angegebenen Ausnahmen von der restitutio minorum fügen Einige noch hinzu, wenn der Minderjährige venia aetatis erhalten, oder nach erreichter Volljährigkeit auf die Reſtitution verzichtet hat. Dies iſt nun freilich in ſo ferne richtig, als in beiden Fällen allerdings die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand wegfällt. Aber da die venia aetatis nicht als eine beſondere Beſchränkung der Reſtitution, ſondern vielmehr als Beendigung der Minderjährigkeit überhaupt in Betracht kommt, ſo iſt paſſender davon im vorigen § bei der allgemeinen Theorie der restitutio minorum gehandelt worden, und was den erwähnten Verzicht betrifft, ſo hat dieſer als bloße Anwendung eines viel allgemeineren Princips, ſchon bei den Beſchränkungen jeder Reſtitution, berückſichtigt werden müſſen [26]). Für völlig ungegründet halte ich es aber,

25) l. 34. pr. D. de minor. (4, 4) verglichen mit l. 11. §. 7. D. eod., l 9. pr. D. de iuris et facti ignor. (22, 6).

26) M. ſ. oben §. 10. Nr. IV.

wenn man gewöhnlich angiebt, daß auch gegen den Verzicht auf die querela inofficiosi testamenti keine Reſtitution wegen Minderjährigkeit ertheilt werden dürfe. Dieſe Meinung ſtützt ſich auf folgendes Reſcript:

„*Imper. Alexander A. Plotianae.* Illud inspiciendum est, num inofficiosi querelae vel palam, vel tacita dissimulatione sit renunciatum. Nec hoc autem in tuam personam cadere posse auxilium, quod aetati impertitur, ostendit" [27]).

Da man gegen die Verjährung jener Klage zu Severus Alexanders Zeit, in den vorigen Stand geſetzt werden konnte [28]), ſo begreift man gar nicht, warum es im Fall der Entſagung anders geweſen ſeyn ſollte [29]). Um eine ſo willkührliche Ungleichheit anzunehmen, müßten wir eine beſſere Auctorität haben, als ein einziges Reſcript, welches eine verſchiedene Deutung zuläßt. Denn es iſt nicht nothwendig, die Stelle ſo zu verſtehen, daß in dem vorgelegten Fall die Minderjährigkeit nichts helfe. Severus kann eben ſo wohl nur haben ſagen wollen, daß die Supplicantin keinen Anſpruch auf die Hülfe habe, welche man den Minderjährigen angedeihen laſſe, was ein

27) l. 1. C. de in integr. rest. min. (2, 22).

28) l. 8. §. 17. D. de inoff. test. (5, 2).

29) Ein Paar Stellen, die man zur Unterſtützung der l. 1. C. cit. angeführt hat, nämlich l. 31. §. 4. D. de inoff. test. (5, 2), l. 35. C. eod., ſagen weiter nichts, als daß Verzicht die querela inofficiosi ausſchließe.

ganz anderes Reſultat giebt. Man muß beachten, daß das Reſcript an ein Frauenzimmer erlaſſen iſt, und, daß, wie im folgenden § wird nachgewieſen werden, zur Zeit der claſſiſchen Juriſten die Theorie darüber ſchwankte, ob nicht die restitutio minorum analog auf Weiber jedes Alters anzuwenden ſey. Berückſichtigt man dies, dann ſcheint es mir, nach den von Sever gebrauchten Ausdrücken kaum zu bezweifeln, daß Plotiana nur als Frauenzimmer Reſtitution geſucht hatte, der Kaiſer aber davon nichts wiſſen wollte, wobei nun die Stelle für den Fall der wirklichen Minderjährigkeit gar nichts entſcheidet.

§. 16.

D. Analoge Anwendung der Reſtitution wegen Minderjährigkeit.

Das beſondere Recht der Minderjährigen, ſich auf Rechtsirrthum berufen zu dürfen, iſt, obſchon nicht gerade im vollen Umfang, doch immer in einem nicht unbedeutenden Grade, auf Soldaten, Weiber und homines rustici ausgedehnt worden. Es könnte daher an ſich nicht ſehr befremden, wenn auch die restitutio minorum im Verlauf der Zeit eine ähnliche Ausdehnung erhalten hätte. In Rückſicht der Soldaten wirkte indeſſen vermuthlich entgegen, daß dieſe ſchon, ehe man noch die Reſtitution wegen Minderjährigkeit

kannte, den Abweſenden beigezählt wurden, alſo der restitutio maiorum theilhaftig waren, die zwar, als bloß wider Verſäumniſſe gerichtet, nicht ſo vortheilhaft war, als die auch auf nachtheilige Handlungen anwendbare restitutio minorum, jedoch den Soldaten bereits zu viel Sicherheit gegen Verletzungen gewährte, als daß in Anſehung ihrer ein dringendes Bedürfniß, ihren Anſpruch auf Reſtitution zu erweitern, hätte empfunden werden können. Nicht ſo verhielt es ſich aber mit den Weibern und den rusticis, denen im Allgemeinen die restitutio maiorum nicht mehr zu Statten kam, als jedem Anderen, und wirklich ſcheint man deshalb auch eine Zeitlang bei den Römern geneigt geweſen zu ſeyn, jene Perſonen wie beim Rechtsirrthum, ſo auch bei der Reſtitution auf eine Linie mit den Minderjährigen zu ſtellen. Ein ſehr bekanntes Reſcript von Honorius und Theodoſius:

„*Et mulieribus*, et minoribus in his, quae vel praetermiserint, vel ignoraverint, innumeris auctoritatibus constat esse consultum [1]),"

kann nicht bloß auf den Rechtsirrthum bezogen werden. Schon die Stellung deſſelben im Theodoſianiſchen Coder im Titel: de in integrum restit. zeigt, daß man die Stelle auch von der Reſtitution verſtanden habe, und noch mehr geht dies daraus hervor, daß Juſti=

1) l. 3. C. Th. de integri rest. (2, 16). Die Stelle findet ſich auch in der Consultat. vet. ICti tit. IX. lex 12.

nian bei der Aufnahme dieſes Reſcripts in den Codextitel: De in integrum restitutione minorum, die Erwähnung der Weiber hat wegſtreichen laſſen [2]). Außerdem ſteht dies Zeugniß auch keineswegs ganz iſolirt da. Noch in mehreren anderen Stellen ſtoßen wir auf Spuren der Anwendung der restitutio minorum auf Weiber. Ich zähle dahin zwar nicht, wenn Ulpian ſagt:

„Eis qui ob aetatem, *vel rusticitatem*, *vel ob sexum lapsi* non ediderunt, vel ex alia iusta causa, subvenietur [3]),"

weil hierbei unſtreitig an die restitutio ex clausula generali gedacht iſt [4]); wohl aber gehört hierher die Bemerkung von Paulus:

„Mulieribus tunc succurrendum est, quum defraudantur, non ut facilius calumnientur [5])."

Derſelbe äußert ſich ferner ein Mal in Beziehung auf einen error facti:

„Minori quoque viginti quinque annis succurrendum est; *fortasse et mulieri propter imperitiam* [6]),"

und ähnliche Aeußerungen kommen auch noch in Frag-

2) l. 8. C. de in integr. rest. min. (2, 22).

3) l. 1. §. 5. D. de edendo (2, 13).

4) M. ſ. oben §. 12. Note 102.

5) l. 110. §. 4. D. de R. I. (50, 17).

6) l. 8. §. 2. D. qui satis dare cog. (2, 8).

menten anderer Juriſten vor [7]). Wahrſcheinlich beſitzen wir in dieſen Bemerkungen einen Theil der innumerae auctoritates, auf welche Honorius und Theodos ſich berufen. Wie dem aber auch ſeyn mag, zu einer feſten, allgemein anerkannten Theorie iſt die Gleichſtellung der Weiber und rustici mit den Minderjährigen in Betreff der Reſtitution niemals gediehen. Dies beweiſen die Stellen aus den verſchiedenſten Zeiten, welche erklären, daß Weiber nur in einigen Punkten gleich den Minderjährigen zu behandeln wären [8]), oder welche die Rückſicht auf weibliches Geſchlecht und Ruſticität in dieſer oder jener Beziehung verwerfen [9]), obgleich dieſe Stellen zugleich das Vorhandenſeyn einer entgegengeſetzten Meinung bei den Römern darthun. Auf jeden Fall iſt es keinem Zweifel unterworfen, daß im Juſtinianiſchen Recht Weiber und rustici, als ſolche keinen Anſpruch auf die restitutio minorum haben, ſonſt müßte dies irgendwo beſtimmt ausgeſprochen ſeyn. Denn daß hin und wieder Spuren einer früheren ſchwankenden Theorie ſich in Pandecten und Codex

7) l. 2. §. 1. D. de inspic. ventre (25, 4), l. 21. §. 1. D. de SCt. Silan. (29, 5), l. 1. §. 10. D. ad SCt. Turpil. (48, 16), l. 8. C. qui admitti ad bon. poss. (6, 9).

8) l. 32. pr. D. ad SCtum Vell. (16, 1). „Non enim loco minoris viginti quinque annis per omnia habenda est mulier." l. 9. pr. D. de iuris et facti ignor. (22, 6), l. 11. C. de iuris et facti ignor. (1, 18).

9) l. 1. C. de in integr. rest. min. (2, 22), l. 6. C. qui admitti ad bon. posses. poss. (6, 9), l. 1. C. de interd. matrim. (5, 6).

eingeſchlichen haben, kann als kein Beweis der Anerkennung dieſer Theorie gelten, beſonders da Juſtinian die Verordnung von Leo und Anthemius aufgenommen hat, welche verfügt:

„Ne passim liceat mulieribus omnes contractus suos retractare, in his, quae praetermiserint vel ignoraverint,"

und nur im Fall des Rechtsirrthums den Weibern die Umſtoßung ihrer Rechtsgeſchäfte geſtattet [10]), und da er auch in dem angeführten Reſcript von Honorius und Theodos, wie ſchon vorhin bemerkt worden iſt, die Erwähnung der Weiber weggelaſſen hat.

Dagegen iſt durch Kaiſerliche Reſcripte die Reſtitution wegen Minderjährigkeit auf die Communen, civitates, respublicae, ausgedehnt worden, ſo daß auch dieſen in Rückſicht aller Verletzungen, wogegen ein Minderjähriger Wiedereinſetzung in den vorigen Stand erhalten könnte, die Reſtitution ſoll bewilligt werden dürfen [11]). Das älteſte bekannte hierhergehörige Reſcript, iſt von Septimius Severus [12]). Doch hat wahrſcheinlich dieſer Kaiſer nicht den Anfang gemacht, da ſchon bald nachher Severus Alexander die

10) l. 13. C. de iur. et facti ignor. (1, 18).

11) l. 1. C. de offic. eius qui vic. al. iud. (1, 50), l. 4. C. quib. ex caus. mai. (2, 54), l. 3. C. de iure reipub. (11, 29).

12) l. 78. §. 1. D. de legat. II. (31). Da die Stelle von Papinian iſt, ſo kann der darin genannte Kaiſer Severus nur Septimius Severus ſeyn.

Reſtitution der Commünen ein Gewohnheitsrecht nennt [13]). Es ſcheint, daß die Ausdehnung nicht durch ein ausdrückliches Geſetz erfolgt ſey, ſondern dadurch, daß die Kaiſer vermöge ihrer Machtvollkommenheit den Commünen ſo oft und ſo lange die Reſtitution als ein beſonderes Privilegium ertheilten, bis man, am Ende daran gewöhnt, dies gar nicht mehr als eine außerordentliche Begünſtigung, ſondern als etwas Herkömmliches und allgemein Uebliches anſah, und ſo erklärt ſich, wie Severus Alexander dieſe Anwendung der Reſtitution auf Gewohnheit, Gordian [14]) hingegen auf Kaiſerliche Reſcripte gründen kann.

Im Canoniſchen Recht iſt auf gleiche Weiſe die restitutio minorum den Kirchen und milden Stiftungen eingeräumt, und zwar ganz in demſelben Sinn, wie im Römiſchen Recht den Commünen [15]), auch ohne Rückſicht darauf, ob etwa die Verletzung ſelbſt wieder von einer Kirche oder milden Stiftung herrührt [16]). Viele Juriſten glauben aber, hierbei nicht

13) l. 3. C. de iure reipubl. (11, 29).

14) l. 1. C. de off. eius qui vic. alic. iud. (1, 50).

15) cap. 1, 2, 3, 5, 6, 7, 10. X. de in integr. rest. (1, 41), cap. 11. X. de reb. eccles. alien. vel non (3, 13), cap. 1 u. 2. de rest. in integr. in VIto (1, 21), Clem. un. de rest. in integr. (1, 11).

16) cap. 3 u. 5. X. de in integr. rest. (1, 41), cap. 1 u. 2. de rest. in integr. in VIto (1, 21); T. I. Reinhardt, Diss. de rest. in integrum universitatis. Erfurt. 1733. §. 37.

ſtehen bleiben zu müſſen, ſondern überhaupt allen juriſtiſchen Perſonen, namentlich auch den Zünften und anderen Corporationen, dieſelbe Vergünſtigung zugeſtehen zu können [17]). Andere ſuchen dies wenigſtens in Rückſicht der ſogenannten universitates ordinatae zu vertheidigen [18]). Allein von einem geſetzlichen Fundament gänzlich entblößt, müſſen dieſe Meinungen ſchon wegen des Grundſatzes: „Ius singulare non est producendum ad consequentias [19])“, verworfen werden. Der für die letztere Anſicht aufgeſtellte Grund, daß die Angelegenheiten der universitates ordinatae im Allgemeinen nicht von ihnen ſelbſt, ſondern von ihren Vorſtehern beſorgt und wahrgenommen würden, wie Angelegenheiten der Minderjährigen durch deren Vormünder [20]), iſt auch völlig verfehlt, weil die Reſtitution Minderjähriger gerade dadurch veranlaßt worden iſt, daß diejenigen Minderjährigen, auf welche bei Einführung dieſer außerordentlichen Rechtswohlthat vorzugsweiſe Rückſicht genommen ward, die adolescentes in früherer Zeit regelmäßig keine Vormünder hatten. Wäre die ordentliche cura minorum ſo alt als

17) Wernher, Obs. for. T. I. P. III. obs. 74; Hommel, Rhaps. quaest. for. Vol. II. obs. 317; Glück, Comm. B. 5. §. 465.

18) I. I. Bonz, (praes. Bardili) Diss. de rest. in integr. univers. Tubingae 1671. 4; Reinhardt l. c. §. 23; Berlich, Decis. II, 216; Hoffacker, Princ. iur. §. 832; Thibaut, Pand. §. 1009.

19) l. 14. D. de legib. (1, 3).

20) Glück, a. a. O.; Bonz l. c. §. VI.

die tutela impuberum und feminarum, ſo wäre höchſt wahrſcheinlich weder an die Vorſchriften der lex Plaetoria, noch an die restitutio minorum gedacht worden. Es müßte zum Mindeſten beſtimmt aus den Quellen erſichtlich ſeyn, daß den Minderjährigen ihre beſondere Begünſtigung in Anſehung der Reſtitution deshalb verliehen ſey, weil ihre Geſchäfte meiſtens durch ihren Vater oder ihren Vormund beſorgt werden, um auf dieſen Grund eine analoge Ausdehnung jener Begünſtigung ex ratione legis bauen zu können. Ein bloß erſonnener Grund, der noch dazu die Geſchichte gegen ſich hat, kann eine ſolche Ausdehnung nicht rechtfertigen [21].

Eben dies muß auch denjenigen eingewendet werden, welche allen unter Vormundſchaft ſtehenden Perſonen, wie den Wahnſinnigen, den Verſchwendern, und denen, welche Krankheits halber einen Vormund erhalten haben, das Recht der Minderjährigen in Betreff der Reſtitution zuſprechen [22]. Den Minderjährigen iſt nur ihr Anſpruch auf Reſtitution gelaſſen worden, nachdem Marc Aurel die Curatel als Regel für ſie angeordnet hatte; aber ſie haben nicht ihrer Vormünder wegen dieſe Begünſtigung erhalten. Es fehlt alſo hier an einer wahren Analogie, und was

21) Thibaut, Theorie der log. Ausl. S. 139 f. der 2ten Ausg.

22) J. B. Voet, Comm. ad Pand. IV, 4. §. 55; Dompierre l. c. tit. 4. §. 102; Glück, a. a. O.

einige angebliche Beweisſtellen betrifft, die man per argumentum hierherzieht [23]), ſo geht es damit wie gewöhnlich, wenn die Quellen per argumentum citirt werden, — die Stellen beweiſen hier gar nichts.

Mit der hier gemißbilligten Erweiterung der an ſich ſchon ſehr willkührlichen Anwendung der restitutio minorum auf Communen und pia corpora darf aber die Erweiterung nicht verwechſelt werden, welche der Begriff der Communen bei uns erlitten hat. Im Römiſchen Recht ſind unter civitates, respublicae eigentlich nur Städte verſtanden, weil die Bewohner der Dörfer und einzelnen Höfe im Allgemeinen keine ſelbſtſtändigen Communen für ſich bildeten, ſondern der nächſten Stadt zugetheilt waren [24]). In Deutſchland iſt aber vielmehr das entgegengeſetzte Verhältniß Regel, und es frägt ſich demnach, ob auch unſere Land- und Dorfcommunen unter den Begriff der respublicae zu ſubſumiren ſind. Dies ſcheint mir nun ganz unbedenklich, da das Weſen einer civitas im Römiſchen Sinn nicht durch die Größe und den Umfang, ſondern durch die ſelbſtſtändige Communalverfaſſung beſtimmt wird. Viele der Römiſchen Castella (Bergdörfer), fora und conciliabula waren unſtreitig nicht

23) l. 8. §. 1 u. 2. l. 11. D. de reb. eor. qui sub. tut. (27, 9), l. 15. §. 1. D. de curat. fur. (27, 10), l. 3. C. de in integr. rest. min. (2, 22).

24) v. Savigny, Geſch. des Römiſchen Rechts im Mittelalter B. 1. Kap. 2.

bedeutender als manches heutige Dorf, und doch waren nicht wenige derſelben eigene Municipien, obgleich freilich die meiſten zu irgend einer größeren Municipalſtadt gehörten [25]). Darum muß meines Bedünkens jeder heutigen Flecken- oder Dorfcommüne als respublica, gleich wie den Städten der dieſen im Römiſchen Recht verliehene Anſpruch auf die restitutio minorum zuerkannt werden. Man darf dabei nur nicht an eine analoge Ausdehnung denken. Eine ſolche iſt freilich bei ſingulairen Rechtsſätzen nicht zuläſſig; allein davon kann hier auch nur die Rede ſeyn, wenn man ein beſonderes Recht der Commünen propter paritatem rationis auf etwas anwendet, was keine Commüne iſt, nicht aber, wenn wir Grundſätze des Römiſchen Rechts über Commünen auf die Commünen anwenden, welche heutzutage vorkommen. Daſſelbe gilt indeſſen nicht auch von der größten aller Commünen, dem Staate ſelbſt. Bei dieſem kann nur die Frage ſeyn, ob die Römer ihn unter der respublica mitbegriffen haben, welcher das ius minorum in Anſehung der Reſtitution beigelegt wird, was zu verneinen iſt. Nach dem bekannten Sprachgebrauch des Corpus Juris heißt respublica oder civitas als Rechtsſubject immer nur eine ſtädtiſche Commüne, während der Staat als Rechtsſubject fiscus genannt wird, und die

25) Frontinus de limit. agror. bei Goesius p. 41 und Agenus Urbicus de limit. agror. ebendaſ. p. 58 u. 60.

Stellen über jene analoge Anwendung der restitutio minorum [26]) geben uns keine Veranlaſſung, hier eine Abweichung von dieſem Sprachgebrauch zu vermuthen, um ſo weniger, da im Zweifel ſtets gegen den Fiscus interpretirt werden ſoll [27]). Nun findet ſich zwar auch ein Reſcript von Hadrian, welches ſcheinbar die Reſtitution des Fiscus anbefiehlt, wenn ohne Vernehmung ſeines Fiscals gegen ihn erkannt worden iſt [28]). Aus einem anderen Reſcript von Marc Aurel erſehen wir jedoch, daß hierbei nur an Nichtigkeit des Urtheils gedacht ſeyn kann [29]), wie dies auch den allgemeinen Grundſätzen über Entſcheidungen ohne vorgängiges Gehör einer Parthei gemäß iſt. Und wäre dies auch nicht der Fall, ſo würde ſich die Reſtitution in der angegebenen Beziehung vollkommen aus den Regeln über die restitutio maiorum erklären laſſen, alſo keineswegs auf eine analoge Anwendung der restitutio minorum hinweiſen. Es erſcheint demzufolge auch wieder als eine unſtatthafte Ausdehnung eines ſingulairen Rechts, wenn mehrere Praktiker [30]) auch dem Staate den beſonderen Anſpruch der Communen auf Reſtitution einräumen zu dürfen glauben.

26) M. ſ. die Stellen in Note 11 u. 12.

27) l. 10. D. de iure fisci (49, 14).

28) l. 3. §. 9. D. eod.

29) l. 7. D. eod.

30) Wernher, Obs. for. T. II. P. VII. obs. 87; Cannegieſser, Decis. Hasso-Cassell. T. I. Dec. 4; Hommel, Rhaps. qu. for. Vol. II. obs. 322; Glück, a. a. O.

§. 17.

γ. Reſtitution wegen capitis diminutio [1]).

Zu den merkwürdigſten Sätzen des Römiſchen Rechts gehört ohne Widerrede auch der, daß, wer eine capitis diminutio erleidet, aus ſeinen früheren Obligationsverhältniſſen, einige nachher anzugebende Fälle ausgenommen, weder klagen noch belangt werden kann. Völlig getilgt werden die Obligationen zwar nicht, aber ſie gelten in Anſehung des capite diminutus nur noch als obligationes naturales [2]). Bei der capitis diminutio maxima war dieſer Grundſatz nun allerdings nothwendig, weil der Sklave überhaupt keine Rechte haben und nicht klagbar verpflichtet ſeyn konnte, und bei der capitis diminutio media erklärt er ſich auch genügend aus dem älteſten Völkerrecht der Römer, welches in jedem Nichtbürger einen rechtloſen Feind ſah, und daher eine gerichtliche Rechtsverfolgung in Betreff ſeiner nicht anerkennen konnte; ſehr ſchwierig iſt es dagegen, für die capitis diminutio minima einen befriedigenden Grund der obigen Regel auszumitteln. Mit der servilis conditio, worin das mancipium die Kinder im Fall des Verkaufs und der noxae datio verſetzte, und durch welche ſie bei der Adoption und

1) Dig. IV, 5. De capite minutis.

2) l. 2. pr. §. 2. D. h. t., l. 19. D. de duob. reis (45. 2), l. 2. l. 3. D. de sent. poss. et rest. (48, 23), l. 3. C. eod. (9, 51), Gaius, III. §. 84, IV. §. 38.

der Emancipation, wegen des dabei vorkommenden Verkaufs, in ihren neuen status übergingen [3]), reicht man hier nicht aus; denn bei der Arrogation und der in manum conventio, ward niemals auch nur momentan ein der Sklaverei ähnliches Verhältniß begründet, ſo wie auch nicht bei der ſpäteren causae probatio und der Legitimation. Ohnehin machte ja auch das mancipium nicht wirklich rechtlos [4]), und wenn alſo dennoch die Klagbarkeit der Obligationen an das Fortbeſtehen ſogar des status familiae geknüpft iſt, ſo erſcheint dies als eine durchaus poſitive Beſtimmung, die ſich nicht als nothwendige Folge eines allgemeineren Princips entwickeln läßt, aber ganz das Gepräge, des älteſten, oft barocken ius civile an ſich trägt. Vermuthlich haben die, zwar nie vollſtändig, aber in früherer Zeit doch viel mehr als ſpäter, durchgeführte Idee vom Geſammtvermögen der Familie [5]), die Rückſicht auf die weſentliche Veränderung in den Vermögensverhältniſſen, welche durch jede capitis diminutio minima hervorgebracht wird, und die Analogie der capitis diminutio maxima und media zuſammengewirkt, den Grundſatz zu erzeugen, daß auch die Obligationen deſſen, der aus ſeinem bisherigen status familiae heraustrete, ihre volle bürgerliche Wirkung verlören, oder

3) Gaius, I. §. 138.; l. 3. §. 1. D. h. t.

4) Gaius, I. §. 135 u. 141.

5) Meine Grundzüge S. 32 f.

anders ausgedrückt, daß, wer civiliter nicht mehr derſelbe ſey, der er früher geweſen, civiliter auch nicht mehr als der alte Schuldner oder Gläubiger angeſehen werden könne. An dem Grundſatze ſelbſt läßt ſich aber auf keinen Fall zweifeln, obgleich Einige ſich nicht darin haben finden können. Derſelbe wird zu unumwunden in den Quellen bezeugt, und überdies durch mehrere Ausnahmen beſtätigt.

Die eine dieſer Ausnahmen betrifft die Obligationen, welche, wie es heißt, naturalem habent praestationem. Dieſe ſollen auch ungeachtet einer capitis diminutio klagbar bleiben [6]). Leider aber giebt der dabei angeführte Grund, daß „civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest [7])," eben ſo wenig Aufſchluß über den Begriff und die Grenze dieſer Obligationen, als die in den Quellen angeführten Beiſpiele der Delictsobligationen, und der Anſprüche auf Dotation, auf ein legatum annuum oder menstruum, und auf eine servitus operarum oder habitationis. An die obligationes naturales, wenn man dieſe im Römiſchen und nicht im ganz verfehlten Weberſchen Sinn nimmt, darf hier nicht gedacht werden, denn als ob-

6) l. 2. §. 3. l. 7. §. 1. l. 8. l. 9. l. 10. D. h. t., l. 2. D. de op. serv. (7, 7), l. 2. D. de usu et usufr. leg. (33, 2); Pauli S. R. II, 31. §. 9. — M. ſ. auch l. 16. D. de interd. et releg. (48, 22), l. 11. D. de alim. legat. (34, 1), l. 3. pr. §. 1. D. de his quae pro non script. hab. (34, 9); Gaius, IV. §. 38.

7) l. 8. D. h. t.

ligationes naturales bleiben ja alle Obligationen bei der capitis diminutio beſtehen [8]). Naturrechtsobligationen können auch nicht verſtanden ſeyn, denn was hat ein legatum annuum oder menstruum mit dem Naturrecht gemein? Und eben ſo wenig dürfen wir auf ſolche Anſprüche rathen, welche auf Gewährung des Unterhalts und überhaupt auf Befriedigung der unmittelbaren Lebensbedürfniſſe gerichtet ſind, weil dies wieder nicht zu den Delictsobligationen paßt. Bachov [9]) vermuthet eine Verwandſchaft zwiſchen jenen Obligationen und den Klagen, welche ein filiusfamilias auch ohne den Beſitz eines Peculiums anſtellen kann [10]). Dem widerſpricht jedoch ſchon der Umſtand, daß zu den letzteren Klagen alle actiones in factum gezählt werden [11]). Ich muß daher offen geſtehen, das Weſen der obligationes, quae naturalem habent praestationem, nicht beſtimmen zu können; kann mich aber dabei beruhigen, daß Cujaz [12]), der eine Erklärung verſucht hat, auch nicht im Stande geweſen iſt, die Sache wahrhaft weiter zu bringen und daß in praktiſcher Hinſicht auch nichts darauf ankommt.

Eine zweite Ausnahme bezieht ſich nur auf die ca-

8) l. 2. §. 2. D. h. t.

9) l. c. IV, 5. §. 13.

10) l. 9. l. 13. D. de O. et A. (44, 7), l. 19. D. de pos. (16, 3), l. 13. §. 1. l. 19. D. quod vi aut clam (43, 24), l. 5. §. 6. l. 11. §. 8. l. 17. §. 10 f. D. de iniur. (47, 10).

11) l. 13. D. de O. et A. (44, 7).

12) Observ. XXII. c. 14. Nicht glücklicher iſt Faber, Rat. ad Paud. IV, 5. ad leg. 8.

pitis diminutio media. Ward bei dieſer dem capite diminutus durch beſondere Vergünſtigung ſein Vermögen gelaſſen, ſo behielt er natürlich nicht nur ſeine Forderungen [13]), ſondern konnte utiliter auch aus ſeinen früheren Schulden belangt werden [14]). Unſtreitig ſtammte dies erſt aus der Zeit, als man in Schuldverhältniſſen keinen weſentlichen Unterſchied zwiſchen Römern und Peregrinen mehr machte, und ohne Zweifel ward es auch dann angewandt, wenn die capitis diminutio nicht zur Strafe erfolgte, nämlich durch Erwerb eines fremden Bürgerrechts, womit keine Einziehung des Vermögens verbunden war.

Als eine dritte ganz ſingulaire Ausnahme kommt noch vor, daß man durch capitis diminutio nicht aus einer Societät trat, vielmehr alle Rechte und Verbindlichkeiten aus der Societät in Rückſicht des capite diminutus nach wie vor beſtehen blieben [15]).

Mit der hier entwickelten Theorie des Römiſchen Rechts ſteht nun die restitutio propter capitis dimi-

13) Nach der Regel: „Princeps bona concedendo videtur et obligationes concedere" l. 42. D. de V. S. (50, 17), die übrigens auch für den Fall galt, wenn ein capite diminutus durch Begnadigung in alle ſeine Rechte wieder eingeſetzt ward, l. 2. l. 3. D. de sent. poss. et rest. (48, 23), l. 3. l. 4. l. 5. l. 12. C. eod. (9, 51).

14) l. 14. §. 3. D. de interd. et releg. (48, 22): „Qui civitatem amisit, et bona detinet, utilibus actionibus tenetur."

15) l. 58. §. 2. l. 65. §. 11. D. pro socio (17, 2).

nutionem in Verbindung. Bevor jedoch deren eigentliche Beziehung vollkommen anſchaulich gemacht werden kann, iſt die angegebene Regel noch nach einer andern Seite hin etwas näher zu beleuchten. Man darf dieſe Regel nicht ſo verſtehen, als wenn die Obligationen durch capitis diminutio eines der Subjecte derſelben allgemein ihre Klagbarkeit verlören. Nur in Anſehung des capite diminutus ſelbſt, iſt dies, die erwähnten Ausnahmen abgerechnet, unbedingt der Fall, nicht aber auch in Rückſicht dritter Perſonen, vielmehr müſſen wir in Beziehung auf dieſe mehrere Fälle unterſcheiden.

I. Die capitis diminutio maxima und media kam regelmäßig als Strafe vor, und war geſetzlich dann immer mit Vermögensverluſt verbunden. Wenn ſich Jemand pretii participandi causa hatte verkaufen laſſen, oder wenn eine Freilaſſung wegen Undanks widerrufen, oder wenn ein Frauenzimmer vermöge des SCtum Claudianum Sklavin ward, fiel das Vermögen an den neuen Herrn, ſonſt hingegen an den Staat, ſo ferne dieſer daſſelbe nicht etwa dem capite diminutus ſchenkte, was doch nur bei der capitis diminutio media anging. In Folge dieſer Univerſalſucceſſion gingen nun auch Forderungen [16]), wie Schulden [17]),

16) l. 128. §. 1. D. de R. I. (50, 17), l. 10. §. 1. D. de bon. damn. (48, 20), l. 19. §. 5. D. de aedilit. ed. (21, 1), l. 6. D. de in integr. rest. (4, 1), l. 5. C. de sent. pass. (9, 51).

17) l. 2. pr. l. 7. §. 2 u. 3. D. h. t., l. 10. pr. D. de bon. damn. (48, 20), l. 1.

und zwar klagbar auf den neuen Inhaber des Vermögens über, daher es als eine bloße Anwendung dieſes Princips erſcheint, daß, wo dem capite diminutus ſein Vermögen gelaſſen ward, derſelbe auch ſelbſt obligirt blieb [18]). Außerdem wurden auch die Bürgen des capite diminutus nicht liberirt [19]). In allen dieſen Fällen war alſo der Einfluß der capitis diminutio auf die Obligationsverhältniſſe an ſich nicht erheblich, indem dadurch nur die Perſon des Creditors oder Debitors, wie durch Erbfolge, verändert ward, und die Gläubiger des capite diminutus nicht litten. Eben ſo wenig wurden aber dieſe beeinträchtigt, wenn die capitis diminutio nicht zur Strafe eintrat, nämlich wenn Jemand vom Feinde gefangen ward, oder ein fremdes Bürgerrecht erwarb. Im erſten Fall ward das Vermögen des Gefangenen bis zu ſeinem Tode oder ſeiner Befreiung durch einen curator absentis adminiſtrirt, wobei die Obligationen ihre volle Wirkſamkeit behielten, und im letzteren Fall war, wie bemerkt worden iſt, eine der Ausnahmen begründet, in welchen der capite diminutus gar nicht aufhörte, als Creditor und Debitor in Betreff ſeiner früheren Obligationen zu gelten.

II. Sehr abweichend waren die Grundſätze bei der

§. 1. l. 11. D. de iure fisci (49, 14), §. 5. I. de noxal. act. (4, 8). Gaius, IV. §. 77.

18) M. ſ. Note 13 u. 14.

19) l. 19. D. de duob. reis (45, 2).

capitis diminutio minima, welche bekanntlich niemals zur Strafe erfolgte, als allenfalls wenn eine Emancipation wegen Undanks widerrufen ward, ein Fall, der in ſeinen Wirkungen der Arrogation gleichſtand.

1. Was hier zunächſt die Forderungen betrifft, ſo gingen dieſe allerdings A, wo die capitis diminutio eine Univerſalſucceſſion begründete, wie die Arrogation, die Legitimation, die in manum conventio einer femina sui iuris, und wenn ein Kind durch causae probatio des Vaters in deſſen Gewalt kam, mit dem Vermögen als klagbare Forderungen auf den nunmehrigen paterfamilias des capite diminutus über [20]), und es iſt dies meiner Meinung nach auch nicht durch Juſtinians Beſtimmung geändert, daß das Vermögen eines Arrogirten peculium adventitium werden ſoll [21]), indem darin keine Veranlaſſung liegt, dem pater adrogans die Rechte zu verſagen, die dem leiblichen Vater an den zu den Adventitien ſeiner Kinder gehörenden Forderungen zuſtehen [22]). B. Wo aber der Fall anderer Art war, fiel, ſo wie die Univerſalſucceſſion, ſo auch der Uebergang der Forderungen auf einen Anderen weg, und hier mußten deshalb letztere überhaupt aufhören klagbar zu ſeyn [23]), was bei den zum

20) Gaius, III. §. 82-84. §. 1. I. de adquis. per arrog. (3, 10); Theoph. III, 10. §. 1.

21) §. 2. I. eod.

22) M. vergleiche über dieſe Rechte l. 6. §. 2. l. 8. §. 3-5. C. de bon. quae lib. (6, 61). l. 1. C. de usufr. (3, 33).

23) M. ſ. die Stellen in Note 2.

peculium castrense oder quasi castrense gehörigen Forderungen eines filiusfamilias, welcher emancipirt, oder adoptirt oder in mancipium veräußert ward, Anwendung fand.

2. In Anſehung der Schulden dagegen war hier vor Juſtinian von gar keinem Uebergang derſelben auf einen Anderen die Rede, ſelbſt nicht wo die capitis diminutio eine Univerſalſucceſſion zur Folge hatte[24]), und kaum kann es eine Ausnahme davon genannt werden, daß bei der Adoption der Adoptivvater diejenigen Verbindlichkeiten übernehmen mußte, für welche der leibliche Vater bisher hätte in Anſpruch genommen werden können[25]).

Die capitis diminutio minima mußte demzufolge den Gläubigern des capite diminutus, da regelmäßig weder dieſer ſelbſt, noch ein Anderer an ſeiner Stelle aus ſeinen früheren Schulden belangt werden konnte, höchſt nachtheilig werden, und dies war es, was einen Prätor bewog, zu Gunſten dieſer Creditoren eine beſondere restitutio propter capitis diminutionem ein-

24) Gaius, III. §. 84.; l. 42. D. de pecul. (15, 1).

25) So verſtehe ich den Satz: „Onera eius qui in adoptionem datus est, ad patrem adoptivum transferuntur" l. 45. D. de adopt. (1, 7), der freilich zur Noth auch bloß darauf gehen konnte, daß der Adoptivvater von nun an in denſelben Fällen wie ein leiblicher Vater, durch die Handlungen ſeines Adoptivſohns obligirt wird. Der im Text angenommene Sinn wird aber auch durch andere Stellen beſtätigt, l. 42. D. de pecul. (15, 1). l. 7. D. de pecul. leg. (34, 8). Gaius, IV. §. 77.

zuführen. Bei der capitis diminutio media und maxima fehlte das Bedürfniß einer ſolchen Reſtitution, weil da die Creditoren, nach dem oben Bemerkten, ipso iure muniti waren; hier aber kamen ſie gewöhnlich ganz um ihr Klagrecht. Genau genommen wäre indeſſen aus einem anderen Grunde wohl keine ſelbſtſtändige restitutio propter capitis diminutionem nöthig geweſen; denn zu den Gründen der restitutio maiorum gehört ja auch, wenn Jemand durch ein Factum ſeines Schuldners außer Stand geſetzt worden iſt, ſein Recht gegen dieſen zu verfolgen. Doch läßt ſich aus der Eigenthümlichkeit des Falls auch ſehr wohl erklären, daß man es nützlich fand, ein eigenes Edict über die capitis diminutio zu erlaſſen, welches ſo lautete:

„QUI QUAEVE POSTEAQUAM QUID CUM HIS ACTUM CONTRACTUM SIT, CAPITE DIMINUTI, DIMINUTAE ESSE DICENTUR, IN EOS EASVE PERINDE QUASI ID FACTUM NON SIT, IUDICIUM DABO" [26]).

Zeit und Urheber dieſes Edicts werden nirgends angegeben; nur können wir mit ziemlicher Sicherheit annehmen, daß es jünger ſeyn muß als das Edict über die Reſtitution wegen Minderjährigkeit, weil Paulus und Ulpian in ihren Edictscommentaren daſſelbe

26) l. 2. §. 1. D. h. t.

hinter letzterem abgehandelt haben [27]), eine Ordnung, die auch in den Pandecten befolgt iſt.

Würde es übrigens nicht ausdrücklich geſagt, daß es wirklich eine restitutio propter capitis diminutionem gebe [28]), und hätten wir keine anderen Quellen darüber als das angeführte caput edicti, ſo könnte man darin ſehr leicht die Einführung einer wahren in integrum restitutio verkennen. Man könnte vielmehr verſucht ſeyn, in dieſem Edict eine directe Aufhebung der Regel, daß ein capite diminutus nicht aus ſeinen ehemaligen Schulden belangt werden könne, zu finden. Die Reſtitution iſt jedoch in den Worten „perinde quasi id factum non sit" angedeutet. Mit der bloßen Klagbarkeit ihrer Forderungen wäre den Creditoren nicht immer geholfen geweſen. Ein filiusfamilias kann zwar gültig aus ſeinen Schulden belangt, auch condemnirt werden, aber hat er kein peculium castrense oder profectitium, aus dem die Bezahlung erfolgen kann, und iſt auch kein Fall begründet, in welchem der Vater für ſeinen Sohn haften muß, ſo müſſen die Creditoren mit der Voll-

27) Im lib. XI ad Edictum haben Paulus und Ulpian die Edicte über Zwang, Betrug und Minderjährigkeit erörtert, und im lib. XII erſt das Edict von der capitis diminutio und das neuere Edict über Abweſenheit.

28) l. 2. D. de in integr. rest. (4, 1), Pauli S. R. I, 7. §. 2, l. 2. §. 4. l. 7. §. 3. D. h. t.

ſtreckung warten, bis ihr Schuldner sui iuris wird [29]), und ſtirbt er vorher, ſo ſterben ſeine Schulden mit ihm [30]). Hätte alſo der Prätor bloß die Klagbarkeit der Schulden des capite diminutus erhalten, ſo hätte in den Fällen, wo Jemand durch Arrogation oder Legitimation aus einem homo sui iuris ein filiusfamilias geworden, und ſein Vermögen an ſeinen jetzigen Vater gefallen war, das Klagrecht häufig den Creditoren nichts nützen müſſen. Allein das Edict verhieß nicht bloße Fortdauer des Klagrechts; es verſprach, daß die Klage mit der alten Wirkung, als wenn nichts verändert ſey, perinde quasi capitis diminutio facta non esset, wiedergegeben werden ſolle. Wirklich umgeſtoßen ward freilich die capitis diminutio nicht, obgleich Gajus von „rescissa capitis diminutione datur actio" ſpricht; aber es ward, wie uns gerade Gajus berichtet, in Folge der Reſtitution fingirt, daß noch Alles unverändert ſey. Die Creditoren erhielten daher Anſpruch auf Abfindung aus dem Vermögen, welches ohne die capitis diminutio zu ihrer Befriedigung gedient haben würde, und im Fall der Arrogation und Legitimation, mußte alſo auch der nunmehrige pater-

29) l. 39. D. de O. et A. (44, 7), l. 45. D. de pecul. (15, 1), l. 57. D. de iudic. (5, 1), l. 10. §. 2. D. de fideiussor. (46, 1), l. 3. §. 4. D. de minor. (4, 4).

30) l. 18. D. ad SCt. Macedon. (14, 6), l. 11. D. de fideiussor. (16, 1).

familias des capite diminutus nöthigenfalls das ganze ehemalige Vermögen, ſo wie den ganzen Erwerb des Letzteren den Creditoren überlaſſen [31].

Dieſe Reſtitution ward indeſſen nur denjenigen Creditoren gewährt, deren Forderungen vor der capitis diminutio entſtanden waren, nicht auch den ſpäteren. Man konnte dieſen zwar nicht immer den Einwurf machen, daß ſie es ſich ſelbſt beimeſſen müßten, wenn ſie ſich mit Jemandem eingelaſſen hätten, der durch eine capitis diminutio ſein Vermögen und ſeine Ausſicht auf Erbfolge in ſeiner bisherigen Familie verloren habe; denn die Forderung konnte ja ganz ohne Mitwirkung des Creditors, z. B. durch eine

31) Gaius III. §. 84. „... De eo vero, quod (*capite diminutae*) personae debuerint, licet neque pater adoptivus teneatur, neque coemptionator, neque ipse quidem, qui se in adoptionem dedit vel quae in manum convenit, maneat obligatus obligatave, quia per capitis diminutionem liberantur, tamen in eum eamve civilis actio datur, rescissa capitis diminutione: et si adversus hanc actionem non defendantur, quae bona eorum futura fuissent, si se alieno iuri non subiecissent, universa vendere creditoribus Praetor permittit.". Idem IV. §. 38. „Praeterea aliquando fingimus adversarium nostrum capite diminutum non esse. Nam si ex contractu nobis obligatus obligatave sit, et capite diminutus diminutave fuerit, velut mulier per coemptionem, masculus per adrogationem, desinit iure civili debere nobis, nec directo intendere (possumus) dare eum eamve oportere: sed ne in potestate eius sit, ius nostrum corrumpere, introducta est contra eum eamve actio utilis, rescissa capitis diminutione, id est, in qua fingitur capite diminutus diminutave non esse."

negotiorum gestio des capite minutus entſtanden ſeyn. Allein weil jener Einwand doch in der Regel begründet ſeyn mußte, ſo hatte das Edict ausdrücklich nur denjenigen Gläubigern Reſtitution zugeſagt, deren Schuldner, „*posteaquam* cum his actum contractum sit," eine capitis diminutio erlitten hatten. Auch erklärt Ulpian beſtimmt, daß die Wirkſamkeit aller jüngeren Anſprüche ſich lediglich nach dem gegenwärtigen status des Schuldners richte, ohne Rückſicht auf ſein früheres Verhältniß [32]. Es konnte daher, wer etwa mit einem Arrogirten contrahirt hatte, dieſen wie einen anderen filiusfamilias belangen [33], aber nicht den pater arrogans nöthigen, das frühere Vermögen des Arrogirten und deſſen Erwerb zur Tilgung der Schuld herzugeben. Jedoch gab es in letzterer Hinſicht im älteren Recht eine Ausnahme. Wenn nämlich diejenigen, welche in manu oder mancipio waren, ein Delict begingen, aus welchem eine Noxalklage entſprang, ſo mußte der Ehemann oder Herr erforderlichen Falls alles durch jene Erworbene zur Befriedigung des Verletzten verwenden [34]. Von einer eigentlichen Reſtitution war indeſſen dabei nicht die Rede.

Gleich den Gläubigern, deren Forderungen erſt nach der capitis diminutio entſtanden waren, wurden

32) l. 2. §. 2. D. h. t.

33) l. 2. §. 2. D. cit. verglichen mit den Stellen in Note 22 u. 30.

34) Gaius IV. §. 80.

auch diejenigen von der Reſtitution ausgeſchloſſen, welche ſelbſt die capitis diminutio ihres Schuldners bewirkt hatten, wie z. B. wenn Jemand ſeinen Schuldner arrogirt und nachher wieder emancipirt hatte [35]), augenſcheinlich weil der Verletzte in dieſem Fall ſelbſt an ſeiner Läſion Schuld war [36]). Während aber darüber kein Streit Statt findet, ſtreitet man dagegen darüber, ob auch der capite diminutus gegen den Verluſt ſeiner Klagen habe Reſtitution bekommen können. An einem Stützpunkte für getheilte Meinungen fehlt es hier jedoch gänzlich. Voet [37]), der die Zuläſſigkeit der Reſtitution in dieſer Anwendung behauptet hat, entbehrt durchaus eines haltbaren Grundes für ſeine Anſicht. Das Edict verſprach nur den Creditoren des capite diminutus Reſtitution, und es müßte alſo eine analoge Ausdehnung des Edicts Statt gefunden haben, wenn Voet Recht haben ſollte, wovon aber keine Spur vorkommt. Ueberdies hätte in der Regel dem capite diminutus die Einrede entgegen geſtanden, daß er ſich durch eigene Schuld, vermöge der Einwilligung in die status permutatio, um ſeine Klagen gebracht habe [38]).

Bei der bisherigen Erörterung iſt immer von der

35) l. 2. §. 4. D. h. t. „Ei qui debitorem suum adrogavit, non restituitur actio in eum, postquam sui iuris fiat."

36) M. ſ. oben §. 9. Nr. II.

37) Commentar. ad Pand. IV, 5. §. 3.

38) Dompierre l. c. tit. 5. §. 12.

restitutio propter capitis diminutionem als etwas Vergangenem geſprochen worden, und dies iſt nicht ohne Abſicht geſchehen. Von allen capitis diminutiones minimae des Römiſchen Rechts ſind heutzutage nur noch die Arrogation, die Legitimation, die Adoption und die Emancipation möglich. Für die Adoption und die Emancipation hat aber bereits das Edict ſelbſt andere Grundſätze aufgeſtellt, was höchſt auffallend, von Allen, die dieſen Gegenſtand behandelt haben, ganz überſehen wird. Das hier in Betracht kommende Edict iſt das bekannte Edict über die Geſchäfte mit denen, die ſich in väterlicher Gewalt befinden, worin es heißt:

„IN EUM, QUI EMANCIPATUS AUT EXHEREDATUS ERIT, QUIVE ABSTINUERIT HEREDITATE EIUS, CUIUS IN POTESTATE, QUUM MORERETUR, FUERIT, EIUS REI NOMINE, QUAE CUM EO CONTRACTA ERIT, QUUM IS IN POTESTATE ESSET, SIVE SUA VOLUNTATE, SIVE IUSSU EIUS, IN CUIUS POTESTATE ERIT, CONTRAXERIT, SIVE IN PECULIUM, SIVE IN PATRIMONIUM EIUS, CUIUS IN POTESTATE FUERIT, EA RES REDACTA FUERIT, ACTIONEM CAUSA COGNITA DABO, IN ID, QUOD FACERE POTEST" 39).

39) l. 2. pr. D. quod cum eo qui in al. pot. est (14. 5). M. ſ. auch l. 2. l. 4. l. 9. C. eod. (4, 26).

Der Adoption geſchieht hier zwar keine ſpecielle Erwähnung, allein daß man das Edict auch darauf bezog, wird ausdrücklich bezeugt [40]. Nach dieſem Edict ſoll nun gegen den Emancipirten und Adoptirten aus ſeinen früheren Contracten geklagt werden können, in quantum facere potest, ohne daß dabei eine vorgängige Reſtitution gefordert würde. Bei Delictsſchulden gilt dieſes Edict nicht, hier haftet der Adoptirte und Emancipirte in solidum [41], wie es auch ſchon nach älterem Recht der Fall war [42], und eben ſo wenig kommt dieſes Edict den Erben zu Statten, welche auch unbedingt aufs Ganze belangt werden können [43]. Man könnte aber vielleicht glauben, daß dieſes Edict, weit entfernt die Reſtitution wegen capitis diminutio bei der Adoption und Emancipation unnöthig zu machen, vielmehr nur die Wirkungen derſelben in dieſen Fällen beſchränke, dahin nämlich, daß der Creditor auch nach der Reſtitution doch kein Klagrecht aufs Ganze, ſondern nur in quantum facere potest debitor gegen den capite diminutus haben ſolle. Eine ganz verkehrte Vorſtellung von der Reſtitution, welche überall eine Anſpielung auf dieſe ſieht, wo von

40) l. 2., §. 1. D. eod. „Sed et si citra emancipationem sui iuris factus sit, *vel in adoptionem datus*, deinde pater naturalis decesserit, item si quis ex minima parte sit institutus, aequissimum est, causa cognita etiam in hunc dari actionem in id, quod facere potest."

41) l. 4. §. 2. D. eod.

42) M. ſ. oben Note 6.

43) l. 4. §. 3. D. eod.

einer causae cognitio in Beziehung auf Klagen die Rede iſt [44]), möchte wohl gar einen Beweis für eine ſolche Deutung des Edicts darin finden, daß nur causa cognita eine Klage verſprochen wird. Mit einer ſolchen Anſicht iſt es jedoch unvereinbar, daß die Klage auch gegen den zuſtehen ſoll, der von ſeinem Vater enterbt worden iſt, oder deſſen Erbſchaft ausgeſchlagen hat, und überhaupt gegen jeden, der beim Austritt aus der väterlichen Gewalt ſeine Ausſicht auf die väterliche Erbſchaft eingebüßt hat [45]). In allen dieſen Fällen verloren auch ſchon nach älterem Recht die Schulden eines filiusfamilias ihre Klagbarkeit nicht, und die Creditoren bedurften hier alſo keiner Reſtitution, um klagen zu können. Indem nun aber dennoch der Prätor die Adoption und die Emancipation mit dieſen Fällen in ſeinem hier in Frage ſtehenden Edict zuſammengefaßt hat, ſo iſt einleuchtend, daß er ſich die in dieſem Edict aufgeſtellte Klage nicht als eine actio restitutoria gedacht haben kann. Allerdings iſt es vorzugsweiſe die Abſicht des Prätors geweſen, den Umfang feſtzuſetzen, in welchem derjenige, welcher ohne Beerbung ſeines Vaters aus deſſen Gewalt getreten iſt, für ſeine früheren Schulden haften ſolle; allein indem er darüber einen neuen Grundſatz aufgeſtellt, hat er zugleich die fortdauernde Klagbarkeit dieſer Schulden anerkannt. Es iſt alſo freilich falſch,

44) M. ſ. unten §. 25. 45) l. 2. §. 1. D. eod.

wenn Cocceji [46]) die Reſtitution wegen capitis diminutio noch bei der Adoption und Emancipation für nöthig hält, aber man braucht, um ihn zu widerlegen, auch nicht zu ſo unpaſſenden Argumenten ſeine Zuflucht zu nehmen, wie gewöhnlich geſchieht [47]). Namentlich iſt das Hauptargument, daß man bei der Adoption und Emancipation nicht mehr durch eine servilis conditio in den neuen status übergehe, durchaus unerheblich.

Auf die Arrogation und die Legitimation bezieht ſich das eben erklärte Edict nicht. Bei dieſen capitis diminutiones hat aber Juſtinian das Bedürfniß einer Reſtitution beſeitigt, durch die für die Arrogation aufgeſtellte Beſtimmung, daß die Creditoren aus der Zeit vor der capitis diminutio geradezu Anſpruch auf Befriedigung aus dem früheren Vermögen des Arrogirten haben ſollen [48]); denn wiewohl eine ähnliche Beſtimmung für die Legitimation ſich nicht findet, ſo tritt hier doch die bekannte Regel ein, daß die Vermögensverhältniſſe bei der Legitimation, über welche eben darum überhaupt faſt gar nichts in den Quellen vorkommt, ganz nach den bei der Arrogation geltenden

46) Ius civ. contr. IV, 5. qu. 2 u. 3.

47) M. ſ. z. B. Emminghaus ad Cocc. l. c., Hellfeldt Iurispr. for. §. 466. Hoffacker Pr. iur. §. 848. Dompierre tit. 5. §. 16, Glück Comm. B. 6. §. 466.

48) §. 3. I. de adq. per arrog. (3, 10), Theoph. III, 10. §. 3.

Grundſätzen zu behandeln ſind; daher kein einziger Fall übrig bleibt, in welchem man noch genöthigt ſeyn könnte, die restitutio propter capitis diminutionem zu erbitten.

§. 18.

3. Reſtitution wegen Zwangs [1]) und Betrugs [2]):

A. Geſchichtliche Einleitung.

Unter allen Reſtitutionsgründen bieten Zwang und Betrug einer gründlichen Bearbeitung bei Weitem die meiſten Schwierigkeiten dar. Es iſt unmöglich, hier

1) Paulus S. R. I, 7; Dig. IV, 2; Cod. II, 20. VII, 67; Decretal. Gregor. IX, lib. I. tit. 40; Lib. VI. Decretal. I, 20. — Bachow ad prim. part. Pand. IV, 2; N. H. Gundling Diss. de efficientia metus. Halae 1711. 4; C. G. Breuning im Juriſt. Magazin von Siebenkees. B. 2. S. 156 f.; G. F. Walch Comment. de act. vi metuve extortis. Ienae 1790. 4; Glück Syſtemat. Erläut. der Pand. B. 5. §. 544-551; J. T. Werner die Rechtslehre von d. Verbindl. des erzwungenen Willens bei dem Antritt oder der Entſagung einer Erbſchaft. Frankf. a. M. 1817. 8; Klein im Arch. f. civ. Prax. B. 1. Nr. 16.

2) Pauli S. R. I, 8; Dig. IV, 3. Cod. II, 21; Cod. Th. II, 15. — Donelli Comm. iur. civ. XV. c. 40; Bachow l. c. IV, 3; Vinnii Sel. qu. I. c. 12; Ger. Noodt Lib. de forma emend. doli mali in contrahendis negot. admissi. L. B. 1709 4. u. in Oper. T. I; Voet Comm. ad Pand. IV, 3; B. Ch. Behr Diss. de act. de dolo malitiar. Romae everriculo. Goett. 1738; D. Nettelbladt Diss. de doli incid. et caus. dantis in contr. effectu (Exerc. Acad. Nr. 3); Chr. Gmelin Von den Fol-

völlig aufs Klare zu kommen, ohne auf die ganze, höchſt ſtreitige Theorie des Römiſchen Rechts über den Einfluß von Zwang und Betrug bei Rechtsgeſchäften einzugehen, und dabei hat man Mühe, durch die große Maſſe des ſcheinbar verworrenen Materials, welches hier zu ordnen und in die gehörige Verbindung zu bringen iſt, nicht überwältigt zu werden. Die vorhandenen Schriften über dieſen Gegenſtand befriedigen daher auch nur theilweiſe, vorzüglich weil man verſäumt hat, die geſchichtliche Ausbildung jener Theorie ſorgfältig genug zu verfolgen, während doch nur auf dieſem Wege der innere Zuſammenhang deſſen, was wir in den Quellen finden, zu gewinnen iſt.

Der Römiſche Grundſatz, daß es in den iudiciis bonae fidei zum officium iudicis oder eigentlich arbitri gehöre, auch den dolus zu berückſichtigen [3]), wobei unter dem dolus der Zwang mitverſtanden wird [4]), iſt ohne Zweifel ſo alt, als die Unterſcheidung

gen des Betrugs bei Verträgen (Gemeinnütz. juriſt. Beobachtungen Thl. 2. Nr. 13); Biener l. c. cap. 7; Glück Opusc. Fasc. II. p. 430 f.; Deſſ. Syſtemat. Erl. der Pand. §. 552-555; Martins Rechtsgutachten des Spruchcollegii zu Heidelb. Nr. 7; L. I. Neuſtetel Bon. fid. negot. dolo inita non esse nulla. Heidelb. 1818. 8: Hänel Ueber das Weſen u. den heut. Gebr. der act. u. exc. doli im Arch. f. civ. Pr. B. XII. Nr. 20.

3) l. 152. §. 3. D. de R. I. (50, 17), l. 3. C. ex quib. caus. mai. (2, 52), l. 2. C. de act. empti (4, 49).

4) l. 14. §. 13. D. quod met. causa (4, 2), l. 2. §. 8. D. vi bon. rapt. (47, 8). l. 4. §. 33. D. de doli exc. (44, 4).

von iudicia stricti iuris und bonae fidei ſelbſt. Cicero kennt ihn nicht nur, ſondern bezeichnet ihn auch als ein Gewohnheitsrecht, als ein ius quod sine lege venit [5]). Doch will Ciceros Zeugniß hier nicht einmal viel bedeuten, weil wir den Gegenſatz von iudicia stricti iuris und bonae fidei, oder iudicia und arbitria nach früherem Sprachgebrauch [6]), deſſen Weſen in der That hauptſächlich auf jenem Grundſatz beruht, weit höher hinauf führen können. Schon in einer alten lex Regia, angeblich von Numa, welche in die XII Tafeln aufgenommen worden, kommt der

5) Cic. de nat. Deor. III. c. 30. „Inde tot iudicia de fide mala, tutelae, mandati, pro socio, fiduciae; reliqua, quae ex empto, aut vendito, aut conducto, aut locato contra fidem fiunt." — Idem de Offic. III. c. 15. „Quod si Aquilliana definitio vera est (sc. doli), ex omni vita simulatio dissimulatioque tollenda est. Ita nec, ut emat melius, nec ut vendat, quidquam simulabit, aut dissimulabit vir bonus. Atque iste dolus malus etiam legibus erat vindicatus, ut tutela XII tabulis, et circumscriptio adolescentium lege Laetoria, *et sine lege iudiciis in quibus additur EX FIDE BONA*. Reliquorum autem iudiciorum haec verba maxime excellunt; in arbitrio rei uxoriae, MELIUS AEQUIUS; in fiducia, INTER BONOS BENE AGIER. Quid ergo? aut in eo quod MELIUS AEQUIUS potest ulla pars inesse fraudis? aut quum dicitur INTER BONOS BENE AGIER, quidquam agi dolose aut malitiose potest? Dolus autem malus simulatione ut ait Aquillius continetur. Tollendum est igitur ex rebus contrahendis omne mendacium. Non inlicitatorem venditor, non qui contra liceatur, emptor apponet: uterque si ad eloquendum venerit, non plus quam semel eloquetur. Vergl. ibid. c. 16.

6) Cic. pro Rosc. Com. c. 4.

arbiter neben dem iudex sensu stricto vor [7]; auch hätte Gajus, wenn jener nicht gleich dieſem zur älteſten Grundform des Römiſchen Proceſſes und Gerichtsweſens gehört hätte, die arbitria eben wie die recuperatoria iudicia zu den iudiciis quae imperio continentur zählen müſſen, was er aber nicht thut [8]. Dazu kommt, daß die Römiſche Contractstheorie, von der ſich die actiones bonae fidei nicht trennen laſſen, aller Wahrſcheinlichkeit nach aus dem höchſten Alterthum Roms herſtammt, da alle ſicheren Spuren ihres Urſprungs unſerer Forſchung entſchwinden. Und überhaupt iſt es gar ſehr die Frage, ob jemals alle Klagen stricti iuris geweſen ſind, wie Manche glauben. Mir ſcheint dieſe Annahme nur aus der falſchen Vorſtellung gefloſſen zu ſeyn, als wenn die Behandlung der actiones bonae fidei mit der Anwendung feſter Rechtsgrundſätze, worauf die älteren Römer freilich viel hielten, in Widerſpruch ſtehe und als wenn hier Alles nach einer ſchwankenden Billigkeit regulirt würde, was ganz und gar nicht der Fall iſt. Der angegebene Grundſatz äußert ſich aber

I. zu Gunſten des Klägers bei den actionibus bonae fidei, in deſſen Recht, mit dieſen Klagen auch Entſchädigung wegen dolus des Beklagten zu fordern.

7) Festus voce *Reus*, Gellius XX. c. 1. Vergl. auch Festus voce *Vindiciae*, Cic. de Legib. I. c. 21. u. Dirkſen Ueberſ. d. Verſ. zur Krit. u. Herſt. d. XII Taf. S. 191 f.

8) Gaius IV. §. 103-109.

Während die actiones str. iur. nur auf den unmittelbaren Gegenſtand der Obligation, oder deſſen, jedoch nicht durch das iuramentum in litem zu ſchätzenden [9]), Werth [10]) gehen, niemals aber auf zufällige Nebenintereſſen des Klägers [11]), können die actiones bonae fidei auch zur Geltendmachung ſolcher Nebenintereſſen gebraucht werden [12]), wovon wieder die Folge iſt, daß eine actio stricti iuris immer nur ein Mal, eine actio bonae fidei aber wiederholt aus demſelben Obligationsverhältniß wegen verſchiedener Punkte angeſtellt werden kann. Zu den Gründen, aus welchen die

9) l. 5. §. 4. l. 6. D. de in litem iur. (12, 3).

10) Der Werth tritt natürlich an die Stelle, wo der Beklagte durch ſeine Schuld den eigentlichen Gegenſtand ganz oder zum Theil nicht ſchaffen kann, l. 11. D. de re iud. (42, 1), l. 99. pr. D. de V. O. (45, 1), l. 144. D. de V. S. (50, 16).

11) l. 4. pr. l. 32. §. 2. l. 37. l. 38. pr. §. 15. D. de usur. (22, 1), l. 1. l. 6. D. de eo quod certo loco (13, 4), l. 7. D. de neg. gest. (3, 5), l. 7. §. 15. D. de pact. (2, 14), l. 24. D. praescr. verb. (19, 5), l. 10. l. 13. C. de pact. (2, 3), l. 3. C. de usur. (4, 32).

12) §. 3. I. de obl. quae ex cons. (3, 22), §. 30. I. de act. (4, 6), l. 7. D. de negot. gest. (3, 5), l. 14. §. 1. D. comm. div. (10, 3), l. 7. D. de eo quod certo loco (13, 4), l. 31. D. depos. (16, 3), l. 47. D. de A. E. (19, 1), l. 38. §. 14 u. 15. D. de usur. (22, 1). Eine Anwendung iſt das Princip, daß bei contractibus bonae fidei auch die pacta adiecta mit der Contractsklage geltend gemacht werden können, was das Prätoriſche Edict nicht ſowohl eingeführt, als nur ausdrücklich anerkannt zu haben ſcheint, l. 7. §. 5. D. de pact. (2, 14), l. 5. §. 2. D. commod. (13, 6), l. 1. §. 6 u. 7. D. depos. (16, 3), l. 72. pr. D. de contr. empt. (18, 1), l. 23. D. de R. I. (50, 17).

actiones bonae fidei dieſer ihrer Natur zufolge anwendbar ſind, gehört nun auch der dolus des Beklagten, mag dieſer in einem Zwange oder Betruge bei Begründung der Schuld [13]), oder in einer nachfolgenden Verletzung des Obligationsverhältniſſes beſtehen [14]), in welcher letzteren Beziehung überdies bekanntlich culpa lata als dolus gilt [15]), und wenn man dieſe Klagen nicht allein wegen des dolus anſtellt, ſondern nur nebenher, indem man den Hauptgegenſtand einklagt, den dolus zur Sprache bringt, ſo kann dies nicht bloß gleich von Anfang an, ſondern auch nach der Litisconteſtation, alſo, um mit dem Römiſchen Recht zu ſprechen, noch vor dem iudex geſchehen, eben weil es hier zum officium iudicis gehört, auch den dolus in Betracht zu ziehen [16]). Nur darf man dabei nicht an ein Verfahren des iudex von Amtswegen, ohne ausdrückliches Verlangen des Klägers, denken. Das officium iudicis iſt hier nur der Ge-

13) l. 7. pr. §. 3. l. 9. pr. D. de dolo (4, 3), l. 4. pr. l. 6. §. 9. l. 13. §. 4 u. 5. l. 30. §. 1. D. de A. E. (19, 1), l. 43. § 2. l. 68. §. 1 u. 2. D. de contr. empt. (18, 1), l. 2. C. de act. empti (4, 49), Paul. S. R. II, 17. §. 6, l. 21. pr. D. de evict. (21, 2).

14) l. 5. §. 2. D. commod. (13, 6), l. 23. D. de R. I. (50, 17).

15) l. 1. §. 1. D. si mensor (11, 6), l. 32. D. depositi (16, 3), l. 29. D. mandati (17, 1), l. 5. §. 15. D. ut in poss. leg. (36, 4), l. 8. §. 3. D. de precar. (43, 26), l. 1. §. 5. D. de O. et A. (44, 7), l. 1. §. 2. D. si is qui test. lib. (47, 4), l. 226. D. de V. S. (50, 16).

16) §. 30. I. de act. (4, 6), l. 2. C. de act. empti (4, 49).

genſatz der ſpeciellen Ermächtigung durch die formula iudicii, wie ſie in den iudiciis stricti iuris nöthig war, wo der iudex eigentlich nur die ihm durch die formula vorgelegten Fragen mit Ja oder Nein zu beantworten hatte; wogegen er in den iudiciis bonae fidei bloß ganz allgemein durch die formula ermächtigt ward, dem Kläger zuzuerkennen, quantum aequius melius, oder quantum ex fide bona praestari oportet [17]). Gerade der durch Obſervanz und Geſetz beſtimmte Inhalt dieſer allgemeinen Ermächtigung, der Inbegriff der dadurch begründeten Befugniſſe, bildete das officium arbitri, deſſen Anwendung darum aber doch immer wirkliche Anträge der Partheien vorausſetzte.

II. Zu Gunſten des Beklagten äußert ſich der obige Grundſatz in dem Recht deſſelben, bis zum Urtheil in den iudiciis bonae fidei die exceptio doli vorſchützen zu dürfen, worauf ſich die Regel bezieht: exceptio doli inest iudiciis bonae fidei [18]). Im ſpäteren Römiſchen Recht hat dies freilich aufgehört, eine Eigenthümlichkeit der exceptio doli zu ſeyn, weil da alle Einreden in iudiciis bonae fidei auch nach der

17) Cic. pro Rosc. Com. c. 4, de offic. III. c. 15–17, Topic. c. 17, Seneca de benef. III. c. 7, de clement. II. c. 7, Gaius IV. §. 52, 54 u. 57. S. A. Mayer Die Litisconteſt. geſchichtl. dargeſtellt. Stuttg. 1830. S. 73–117.

18) l. 21. D. sol. matr. (24, 3), l. 84. §. 5. D. de legat. I. (30), l. 68. §. 1. D. de contr. empt. (18, 1). l. 3. D. de resc. vend. (18, 5).

Litiscontestation angebracht werden können, ganz abweichend von den iudiciis str. iur., in welchen ſchon nach Römiſchen Grundſätzen, wie ſeit dem Jüngſten Reichsabſchied in jedem Proceß, die Einreden nur vor der Litiscontestation zuläſſig ſind [19]. Aber zur Zeit der legis actiones, alſo bis zur lex Aebutia und noch eine Zeitlang nachher, war es von der allergrößten Wichtigkeit für den Beklagten, ſich vor dem arbiter auf dolus des Klägers berufen zu dürfen. Bei den legis actiones war nämlich von Exceptionen auf die ſpäter übliche Weiſe noch nicht die Rede [20]. Man würde allerdings ſehr irren, wenn man dies ſo verſtände, als wären damals einem Beklagten alle Einreden abgeſchnitten geweſen. Der Sinn iſt nur der, daß man damals kein Vorſchützen der Einreden vor dem magistratus, qui iurisdictioni praeerat, und Eintragen derſelben in die formula iudicii als Anhang der condemnatio kannte, ein Verfahren, welches erſt mit dem per formulas litigare aufkam, als der Kläger ſeine Klage in Geſtalt einer formula iudicii ediren mußte. Der Beklagte mußte in älterer Zeit bei Einleitung der Sache vor dem magistratus immer ſchlechthin das Recht des Klägers entweder einräumen

19) Noodt de iurisd. et imper. I. c. 13.

20) Gaius IV. §. 8. „Alia causa fuit olim legis actionum; nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat; *nec omnino ita ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum.*"

oder ableugnen [21]), und in den iudiciis stricti iuris fielen daher wirklich zu jener Zeit alle Einreden weg [22]). Hingegen in den iudiciis bonae fidei verblieb dem leugnenden Beklagten noch immer der Ausweg, ſein Leugnen durch Berufung auf dolus des Klägers vor dem arbiter zu rechtfertigen, da es ja hier zum officium iudicis gehörte, den dolus zu berückſichtigen, ohne daß dazu erſt eine ſpecielle Ermächtigung von Seiten des magistratus erforderlich geweſen wäre. Hier war demnach auch ſchon, als noch der Proceß per legis actiones beſtand, die exceptio doli möglich. Doch nannte man dieſe Berufung auf dolus vor dem arbiter damals gewiß noch gar nicht exceptio, vielmehr kann dieſe Benennung für Einreden ſich erſt gebildet haben, ſeitdem, bei der veränderten Proceßform der formulae, die Einreden vor dem magistratus angegeben und von dieſem an die condemnatio als Ausnahmen angehängt zu werden pflegten [23]).

Die Wichtigkeit der dem Beklagten von Alters her

21) Daher iſt für die Zeit der legis actiones bei den actionibus in rem immer nur von contra vindicare oder in iure cedere, bei den actionibus in personam nur von negare oder confiteri, nirgends von einem dazwiſchen liegenden Dritten die Rede. Vergl. z. B. Gaius IV. §. 15-17, Valer. Probus in Gothofr. Coll. auct. L. L. p. 1476.

22) In wie fern die clausula doli hierin etwas ändern konnte, davon weiterhin Note 32-34.

23) Gaius IV. §. 116.

in iudiciis bon. fid. geſtatteten Berufung auf dolus zeigt ſich indeſſen erſt in ihrem vollen Lichte, wenn man beachtet, daß dadurch höchſt wahrſcheinlich dem Beklagten die Möglichkeit eröffnet war, eine unendliche Mannigfaltigkeit von Einwendungen gegen die Klage vorzubringen. Die exceptio doli iſt zwar zunächſt begründet, wo der Anſpruch des Klägers aus Zwang und Betrug hervorgegangen iſt [24]); allein ſie iſt darauf nicht beſchränkt, ſondern überall anwendbar, wo Umſtände, Ereigniſſe, Thatſachen vorliegen, welche die Klage, wenn dieſe auch dem Buchſtaben nach Grund hat, als innerlich widerrechtlich und unbillig erſcheinen laſſen [25]), überhaupt wo eine exceptio facti, wie die claſſiſchen Juriſten dies ausdrückten, Statt findet [26]), vorausgeſetzt, daß der Kläger mit dieſen Umſtänden und Verhältniſſen bekannt ſeyn konnte und mußte, alſo ſeinen böſen Willen, ſeinen dolus dadurch offenbart, daß er ſich nicht daran kehrt [27]). Im neueren

24) §. 1. I. de exc. (4, 13), l. 7. §. 11. D. de pact. (2, 14), l. 40. D. de dolo (4, 3), l. 2. pr. l. 4. §. 33. D. de doli exc. (44, 4), l. 4. C. de her. vend. (4, 39), Gaius IV. §. 117.

25) Zahlreiche, wiewohl noch ſehr zu vermehrende Beiſpiele und Belege hat Hänel a. a. O. S. 422 f. geſammelt.

26) l. 2. §. 4, 5, 32, 33. D. de doli exc. (44, 4), l. 10. §. 2. l. 27. §. 5. D. de pact. (2, 14), l. 7. §. 2. D. de cur. fur. (27, 10), l. 8. D. de cond. ob turp. caus. (12, 5), l. 17. §. 2. D. sol. matr. (24, 3), l. 3. C. de non num. pec. (4, 30).

27) l. 2. §. 5. D. de doli exc. (44, 4), l. 42. l. 177. §. 1. D. de R. I. (50, 17), Hänel a. a. O. S. 419 f.

Römiſchen Recht ſteht dieſe Concurrenz der exceptio doli mit den exceptionibus facti in der That eben ſo müßig da, wie in unſerer heutigen Praxis, weil die exceptiones facti ja auch als ſelbſtſtändige Einreden vorgetragen werden können. Anders aber mußte es ſich verhalten, ſobald man zur Zeit der legis actiones keine anderen Einreden gegen eine Klage zuließ, als die Berufung auf dolus vor dem arbiter. Alsdann hatte es damals ein hohes praktiſches Intereſſe, den Begriff des dolus möglichſt zu erweitern, und die Befugniß des Beklagten, ſich mit der Anführung des dolus zu vertheidigen, auf alle Fälle auszudehnen, in welchen ſich irgend dem Kläger ein argliſtiges und böswilliges Verlangen vorwerfen ließ. Ich vermuthe daher, daß das Bedürfniß ſchon ſehr frühe auf die Ausbildung der Theorie von der exceptio doli generalis geführt habe. Auf jeden Fall iſt ſo viel gewiß, daß die exceptio doli, wenn auch nicht dem Namen, doch der Sache nach in den iudiciis bonae fidei ſchon längſt in Gebrauch war, ehe man noch etwas von dem Prätoriſchen Edict wußte, welches irrigerweiſe gewöhnlich für die erſte Quelle dieſer Einreden gehalten wird.

Mit der bisherigen Ausführung ſcheint aber die Erzählung Ciceros nicht übereinzuſtimmen, daß dem C. Canius bei ſeinem unglücklichen Gartenhandel in Syracus nicht habe geholfen werden können, weil da-

mals die actio de dolo noch nicht eingeführt geweſen ſey [28]. Die ganze Schwierigkeit verſchwindet jedoch durch Beachtung des einfachen Umſtandes, daß Canius es nicht beim bloßen Kauf gelaſſen, ſondern die Unvorſichtigkeit gehabt hatte, die Kaufſchuld in ein transscriptum nomen, alſo in eine obligatio stricti iuris [29] zu verwandeln [30]. In Folge dieſer Novation konnte er ſich nun nicht mehr der actio empti bedienen, um Erſatz wegen des ihm von Pythius geſpielten argen Betruges zu erlangen; und eben ſo wenig ſtand ihm die exceptio doli zu Gebote; nach älterem Recht nicht, weil die aus der litterarum obligatio gegen ihn begründete condictio ex mutuo als actio stricti iuris die Berufung auf dolus ausſchloß; aber ſelbſt nach den Grundſätzen des neueren Rechts nicht, weil dieſes, obgleich es die exceptio doli gegen obligationes stricti iuris und daher auch gegen betrügliche Novationen zuläßt, doch alsdann dieſe Einrede verwirft, wenn eine auf Betrug beruhende Obli-

28) Cic. de offic. III. c. 14.

29) Der contractus litteris durch die tabulas accepti et expensi begründete ja immer eine obligatio ex mutuo, mochte ein wirkliches Darlehn zu Grunde liegen (arcarium nomen), oder, vermöge der Eintragung einer ſonſtigen Schuld in die Rechnungsbücher, als geliehenes Geld fingirt werden (transscriptitium nomen) Gaius III. §. 128–130 und die Klage daraus war mithin ſtets die condictio ex mutuo.

30) Cic. l. c. „Emit homo cupidus et locuples (sc. Canius) tanti, quanti Pythius voluit, et emit instructos (sc. hortos); *nomina facit*, negotium conficit."

gation hinterher novirt worden iſt, ohne daß dabei wieder eine neue Täuſchung vorgefallen wäre [31]).

Was nach dem Obigen in den iudiciis b. f. unmittelbar geſetzlich galt, das konnte indeſſen zum Theil auch bei den negotiis stricti iuris durch die clausula doli, durch die ausdrückliche Stipulation: dolum malum abfuturum esse [32]), bewirkt werden. Denn dieſe Clauſel gewährte dem Betrogenen die actio ex stipulatu auf Entſchädigung wegen des nun vertragswidrigen dolus [33]), und vielleicht auch ſchon, wie in den iudiciis bonae fidei, die exceptio doli, wenn er belangt ward [34]).

Außerdem gab es noch ein Paar beſondere Fälle, in welchen das ältere Recht auf dolus in rechtlichen Verhältniſſen Rückſicht nahm. Bereits in den XII Tafeln war nämlich den Pupillen ein Klagrecht gegen ihre argliſtigen Vormünder verliehen, und dazu kamen noch die ſchon §. 13 angegebenen Beſtimmungen der

31) l. 19. D. de novat. (46, 2), Consult. vet. ICti IX. lex 9 verglichen mit l. 7. pr. D. de doli except. (44, 4).

32) l. 1. §. 4. l. 7. §. 3. D. de dolo (4, 3), l. 31. D. de recept. (4, 8), l. 5. D. usufr. quemadm. cav. (7, 9), l. 22. l. 38. §. 13. l. 53. l. 119. l. 121. pr. §. 3. D. de V. O. (45, 1), l. 19. D. iud. solvi (46, 7), l. 19. D. rat. rem hab. (46, 8), Kaemmerer de claus. doli mali. Heidelb. 1818.

33) l. 7. §. 3. D. de dolo (4, 3), l. 31. D. de rec. (4, 8), l. 4. §. 15. D. de doli exc. (44, 4), l. 22. D. de V. O. (45, 1).

34) l. 4. §. 15. D. de doli exc. (44, 4).

Lex Plaetoria über dolus gegen Minderjährige [35]), welche letzteren unſtreitig auch den Fall des Zwanges betrafen. Darauf ſpielt Cicero an, wenn er ſagt, daß nicht bloß im Prätoriſchen Edict, ſondern in einigen Fällen auch durch Geſetze Vorkehrungen wider Zwang und Betrug getroffen wären [36]). Doch gehört jenes in den XII Tafeln eingeführte Klagrecht kaum hierher, weil es nicht ſowohl eigentlichen Betrug als überhaupt ſchlechte Verwaltung zum Gegenſtande hat [37]).

So ſtanden die Sachen, als die Prätoren ihre weſentlichen Reformen der entwickelten älteren Theorie begannen, zu denen wir uns nunmehr wenden müſſen. Es ſind drei Edicte, die hier in Betracht kommen: das des Prätors Caſſius über die exceptio doli, das des Prätors Octavius über die actio quod metus causa und das des Prätors Aquillius über die actio de dolo.

I. Das älteſte unter dieſen Edicten war das Caſſianiſche über die exceptio doli. Daß ein ſolches

35) Cic. de offic. III. c. 15. „Atque iste dolus malus etiam legibus erat vindicatus, ut tutela XII tabulis, et circumscriptio adolescentium lege Laetoria."

36) Cic. de offic. I. c. 10. „Iam illis promissis standum non esse, quis non videt, *quae coactus quis metu, quae deceptus dolo promiserit*? Quae quidem pleraque iure Praetorio liberantur, *nonnulla legibus*."

37) l. 55. §. 1. D. de adm. tut. (26, 7), l. 1. §. 2. D. de susp. tut. (26, 10). Dirkſen a. a. O. S. 599 f.

Edict aufgeſtellt worden ſey, iſt gewiß [38]), wie nicht minder, daß ein Prätor Caſſius der Urheber geweſen [39]), auch läßt ſich wenigſtens der Zeitpunkt, vor dem es erlaſſen worden, einigermaßen beſtimmen. Ueber die eigentliche Beziehung deſſelben fehlen aber genügende Aeußerungen in den Quellen. Indeſſen tritt hier ein Fall ein, wo uns der geſchichtliche Zuſammenhang mit Sicherheit leitet. Wir finden die urſprünglich nur in iudiciis bonae fidei zuläſſige exceptio doli ſpäter auch in den iudiciis stricti iuris [40]), nur mit dem Unterſchiede, daß ſie vor dem magistratus, qui iurisdictioni praeerat, vorgeſchützt und von dieſem in die formula iudicii aufgenommen werden mußte, ſo daß der iudex hier ausdrücklich zur Berückſichtigung derſelben auctoriſirt ward. Dies muß es nun ſeyn, was Caſſius eingeführt hat. Er hat edicirt, daß, wenn ein Beklagter ſich vor dem Prätor auf dolus berufe, der Prätor immer dies in der formula iudicii als Anhang der condemnatio bemerken werde, und dann der iudex ſich in iudiciis stricti iuris nicht weniger, als in iudiciis bonae fidei auf dieſe Berufung einzulaſſen habe. Eine ſolche Beſtimmung konnte aller-

38) l. 1. §. 1. D. de doli exc. (44, 4).

39) l. 4. §. 33. D. eod.; Glück, Opusc. iur. fasc. II. p. 494.

40) l. 2. §. 4 u. 19. l. 7. D. eod. l. 36. D. de V. O. (45, 1), l. 3. C. de don. ante nupt. (5, 3), l. 5. C. de inutil. stip. (8, 39), §. 30. I. de act. (4, 6).

dings den Juriſten Paulus zu der Bemerkung berechtigen, daß das Prätoriſche Edict die exceptio doli eingeführt habe, damit Niemandem ſein dolus durch die Grundſätze des ius civile gegen die natürliche Billigkeit zu Gute komme [41]), ohne daß Paulus dadurch mit der nachgewieſenen, ſchon früherhin ſtatthaften Berufung auf dolus in den iudiciis b. f. in Widerſpruch träte. Denn das Caſſianiſche Edict erhob ja erſt die exceptio doli zu einem allgemeinen Rechtsmittel, während das ius civile dieſelbe in iudiciis str. iur. verwarf, und zugleich legte es ihr zuerſt die Natur bei, welche das Weſen einer exceptio in techniſcher Bedeutung ausmacht, worin darunter ein vor dem magistratus angegebener und von dieſem der condemnatio formulae als Ausnahme angehängter Einwand des Beklagten verſtanden iſt. Aus dieſer veränderten Bedeutung der exceptio doli erklärt ſich ein eigenthümlicher, nicht immer richtig ausgelegter Sprachgebrauch der Römiſchen Juriſten. Mehrere Stellen ſagen nämlich, daß Gegenanſprüche, namentlich Verwendungen des Beklagten in iudiciis bonae fidei, auch ohne exceptio doli, ſchon officio iudicis in Anſchlag gebracht werden könnten [42]). Hierbei iſt nur das Vorſchützen

41) l. 1. §. 1. D. de doli exc. (44, 4). „Ideo autem hanc actionem Praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis, contra naturalem rationem prosit.“

42) l. 3. §. 5. D. naut. caup. stab. (4, 9). l. 38. l. 39. §. 1. l. 58. D. de hered.

der exceptio doli vor dem magistratus als einer formellen exceptio gemeint, und nur dies wird für unnöthig erklärt. An ein Berückſichtigen der Gegenanſprüche von Amtswegen ohne Verlangen des Klägers darf hier wieder nicht gedacht werden, wie auch einige jener Stellen ſelbſt andeuten, und wie noch beſtimmter daraus hervorgeht, daß andere Stellen [43]) bemerken, daß das officium iudicis in Rückſicht der Gegenanſprüche nur dann eintrete, wenn man wenigſtens vor dem iudex ſelbſt die exceptio doli vorgeſchützt habe.

Ich vermuthe aber ſogar, daß die exceptio doli die älteſte aller formellen Einreden, und Caſſius alſo überhaupt der Urheber des Vortragens der Einreden vor dem magistratus ſey. In Rückſicht der exceptiones iuris iſt es theils gewiß, theils höchſt wahrſcheinlich, daß ſie jüngeren Urſprungs ſind. Zum Wenigſten läßt ſich von keiner ein höheres Alter nachweiſen. Und was die unendliche Menge der exceptiones facti betrifft, ſo waren dieſe ja ſämmtlich in der exceptio doli enthalten. Denn wir dürfen gewiß unbedenklich annehmen, daß, ſo wie in iudiciis bonae fidei unter der Berufung des Beklagten auf dolus die Anführung irgend eines den erhobenen Anſpruch als materiell unbillig oder gar widerrechtlich darſtellenden Umſtandes

pet. (5, 2), l. 11. D. de nox. act. (9, 4), §. 3. I. de act. (4, 6); Gaius, IV. §. 61-63.

43) Z. B. l. 48. D. de R. V. (6, 1).

verſtanden ward, eben ſo auch in den iudiciis stricti iuris die Vorſchützung der exceptio doli vor dem magistratus den Beklagten berechtigte, hinterher unter dieſem Titel irgend eine oder mehrere der zahlloſen exceptiones facti vor dem iudex aufzuſtellen. In ſpäteren Zeiten ward es zwar gebräuchlich, die exceptiones facti nicht mehr in eine exceptio doli einzukleiden, ſondern ſie einzeln als ſelbſtſtändige Einreden beim magistratus nahmhaft zu machen. Wie lange man indeſſen an der alten Form feſthielt, dies zeigt ſich darin, daß noch Marc Aurel die exceptio compensationis in den iudiciis stricti iuris, nur als exceptio doli vorzutragen geſtattete [44]). Es kommt jedoch auf dieſe Hypotheſe für meinen Zweck nichts an, weshalb ich mich nicht bei der Anführung unterſtützender Gründe aufhalten will.

Dagegen iſt jetzt noch die Zeit der Erlaſſung des Caſſianiſchen Edicts auszumitteln. Einen Anhaltungspunkt gewährt uns hier Plautus. Denn dieſer, der ums Jahr Roms 570, oder 180 Jahre v. Chr. Geb. ſtarb, kennt entſchieden ſchon die exceptio doli in Anwendung auf Stipulationen, wie folgende Stelle zeigt:

„. . . Cedo quicum habeam iudicem
Ni dolo malo instipulatus sis, nive etiam dum siem
Quinque et viginti natus annos [45]).“

44) §.30. I. de act. (4, 6). 45) Plaut. in Rud. V, 3. vers. 24-26.

Offenbar erſcheint hier auch bereits die Einrede in der Form, in welcher die vor dem magistratus vorgeſchützten Einreden der formula iudicii mit ni, oder nisi, oder si non angehängt wurden, ſo daß hier auch nicht etwa an die durch die clausula doli begründete Berufung auf dolus vor dem iudex gedacht werden kann. Dadurch fällt alſo die Meinung von Biener [46]) weg, daß der L. Caſſius, welcher erſt zwiſchen a. U. 650 und 660 die Prätur bekleidete, der Urheber unſeres Edicts geweſen ſey. Biener folgert dies auch nur aus dem Character dieſes L. Caſſius, der aber eher einen Schluß auf das Gegentheil rechtfertigt. Denn es iſt ſehr unwahrſcheinlich, daß die ſo ganz auf Billigkeit berechnete und beruhende exceptio doli von einem Manne herrühren ſollte, der wegen ſeiner unmenſchlichen Härte ſo berüchtigt war [47]), daß man ihn den scopulus reorum [48]), überſtrenge Richter aber iudices Cassiani nannte [49]), und der den barbariſchen Grundſatz hatte, daß man bei Unterſuchungen wegen Tödtung auch fragen müſſe: cui bono, zu welchem Nutzen es etwa gereiche, daß der Entleibte das Leben verloren habe [50]). Eine ſolche Sinnesart paßte übel zu den milden Rückſichten, welche der exceptio doli zu Grunde liegen.

46) l. c. S. 30 f. u. S. 39 f.

47) Cic. pro Rosc. Amer. c. 30.; Val. Max. VIII, 1. damnati, 7.

48) Val. Max. III, 7. §. 9.

49) Cic. l. c.

50) Cic. Philipp. II. c. 14. pro Milone c. 12; Ascon. Ped. ad h. l.

Jünger als a. U. 570 kann demnach die exceptio doli, als formelle Einrede genommen, nicht ſeyn. Auf der anderen Seite kann ſie aber auch nicht älter ſeyn als die wenigſtens theilweiſe Abſchaffung der legis actiones durch die lex Aebutia [51]), weil ja, wie wir geſehen haben, ſo lange der Proceß per legis actionem beſtand, die formellen Einreden ausgeſchloſſen, und nur in iudiciis bonae fidei Einwendungen vor dem iudex erlaubt waren. Damit ſtimmt denn auch ſehr gut überein, wenn man gewöhnlich die lex Aebutia in die Zeit um das Jahr Roms 520 ſetzt. Heffter [52]) will freilich dies Geſetz erſt in den Anfang des ſiebenten Jahrhunderts Roms verlegen, weil die a. U. 605 erlaſſene lex Calpurnia noch den peregrinis et sociis eine sacramenti actio gegeben habe. Allein Zimmern [53]) hat dawider ſchon mit vollem Recht eingewandt, daß dieſe Thatſache nichts für das Alter der lex Aebutia beweiſe, da die Aufhebung der legis actiones durch dieſen Volksſchluß nur theilweiſe war, indem ja auch die beiden leges Iuliae iudiciariae noch etwas von den legis actiones abzuſchaffen fanden, und doch noch die sacramenti actio für die causae centumvirales, und die pignoris capio für das damnum infectum übrig blieben [54]). Zu dieſen Gründen kommt

51) Gaius, IV. §. 30; Gellius, XVI. c. 10.

52) Observ. ad Gaii Instit. pag. 22 seq.

53) Rechtsgeſch. B. 3. §. 35. Note 1.

54) Gaius, IV. §. 30 u. 31.

nun auch noch, daß die lex Aebutia nothwendig vor Plautus fallen muß, wegen der von dieſem erwähnten exceptio doli bei Stipulationen.

Welcher Caſſius übrigens das fragliche Edict aufgeſtellt habe, dies müſſen wir unentſchieden laſſen, wenn man nicht auf den L. Caſſius Longinus rathen will, der a. U. 582 zum Conſulat gelangte. Wahrſcheinlich fiel aber deſſen Prätur, wenn überall, doch zu nahe, vor den Tod des Plautus, als daß Letzterer eine erſt während dieſer Prätur eingeführte Einrede ſchon als eine jedem geläufige Sache hätte behandeln können. Es iſt vielmehr zu vermuthen, daß das ſeit der lex Aebutia aufgekommene per formulas litigare ſehr bald auch auf neue Beſtimmungen über den Gebrauch der Einreden hinleitete, und daß folglich das Caſſianiſche Edict nicht gar lange nach jener Lex erſchienen ſey.

II. Das zweite hierhergehörige Edict der Zeitfolge nach, iſt das des Octavius, worin die actio quod metus causa eingeführt ward. Der kleine uns erhaltene wörtliche Ueberreſt dieſes Edicts, vermuthlich die Einleitung deſſelben:

„QUOD METUS CAUSA GESTUM ERIT, RATUM NON HABEBO [55]),"

lautet freilich viel zu allgemein, um deutlichen Aufſchluß über die Art und Weiſe der den Gezwungenen

55) l. 1. D. quod met. causa (4, 2).

von Octavius verheißenen Hülfe zu gewähren. Aber nicht nur ſagt uns Ulpian, daß das Edict in ſeiner jetzigen Geſtalt verſtümmelt ſey [56]), ſondern es leidet auch keinen Zweifel, daß Octavius ausdrücklich die actio quod metus causa aufgeſtellt, und die formula für dieſe Klage angegeben habe. Denn die formula Octaviana, welche, wie Cicero erzählt, Metellus als Prätor in ſeinem edictum Urbicum beibehalten und als Statthalter von Sicilien in ſein edictum Provinciale aufgenommen hatte, kann nach der Art, wie Cicero davon ſpricht, nichts Anderes geweſen ſeyn, als eben die von Octavius herrührende Klagformel für die actio quod metus causa [57]). Zwar ſind Noodt [58]) und Schulting [59]) anderer Meinung. Sie beziehen die formula Octaviana, unbekümmert um das Weſen einer formula, was allerdings vor der Entdeckung des

56) l. 1. D. cit. „Ait Praetor: *Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo.* Olim edicebatur: *Quod vi metusve causa.* Vis enim fiebat mentio propter necessitatem impositam contrariam voluntati, metus autem propter instantis vel futuri periculi causa mentis trepidationem. Sed postea detracta est vis mentio ideo, quia, quodcunque vi atroci fit, id metu quoque fieri videatur."

57) Cic. in Verr. II, 3. c. 65. „Eductus est Apronius, edixit vir primarius C. Gallius senator; postulavit a L. Metello, *ut ex edicto suo iudicium daret in Apronium, quod per vim et metum abstulisset;* quam formulam Octavianam et Romae Metellus habuerat, et habebat in provincia."

58) Comm. ad Pand. IV, 2. pr. u. De forma emend. doli mali c. 16.

59) Enarrat. Pand. IV, 2. §. 1. IV, 3. §. 3.

vollſtändigeren Gajus verzeihlicher war, als jetzt, auf die Maaßregeln, welche C. Octavius, der Vater des nachherigen Auguſtus, ergriff, um die Sullaniſche Parthei zur Herausgabe ihres Raubes zu nöthigen, und machen den Caſſius, der die exceptio doli eingeführt, zum Urheber des Edicts vom Zwang. Allein die Stelle, worauf ſie Erſteres gründen [60]), zeigt bloß, daß C. Octavius eine Anwendung der Grundſätze vom Zwang gemacht, nicht, daß er ſie aufgeſtellt habe. Und was den Caſſius betrifft, ſo beruht deſſen angebliche Erlaſſung des fraglichen Edicts nur auf der Bemerkung Ulpians, daß Caſſius, zufrieden mit der allgemeinen exceptio doli, eine beſondere exceptio metus nicht für nöthig gehalten habe, welche erſt ſpäter angenommen worden ſey [61]), woraus Noodt, und Schulting folgern, daß Caſſius doch irgend Etwas über den Zwang edicirt haben müſſe, während allein ſchon die von Ulpian gebrauchten Worte es uns viel näher legen, jene Bemerkung ſo zu verſtehen, daß Caſſius ſich begnügt habe, bloß die exceptio doli einzuführen, weil die exceptio metus mit darin

60) Cic. ad Quint. fratr. I, 1. §. 8. „His rebus nuper C. Octavius iucundissimus fuit, apud quem primum lictor quievit, tacuit accensus; quoties quisque dixit, et quam voluit diu. Quibus ille rebus fortasse nimis lenis videretur, nisi haec lenitas illam severitatem tueretur. *Cogebantur Sullani homines quae per vim et metum abstulerant, reddere.*"

61) l. 4. §. 33. D. de doli exc. (44, 4).

enthalten ſey [62]), weshalb es auch willkührlich iſt, wenn Heineccius [63]) dem Caſſius wenigſtens eine Erweiterung des Edicts vom Zwang zuſchreibt. Obgleich aber demnach dem Octavius die Ehre der Auctorſchaft unſerer actio quod metus causa wohl verbleiben muß, ſo ſind wir doch außer Stande, zu beſtimmen, welchem der vielen bekannten Octavier dieſe Ehre zukomme, nur ſehen wir aus dem Umſtande, daß Cicero der formula Octaviana bereits in den Reden gegen Verres, alſo a. U. 683 gedenkt, daß die actio quod metus causa älter iſt, als die erweislich erſt a. U. 688 eingeführte actio de dolo.

Vielleicht iſt übrigens auch noch ein eigenes Edict über die exceptio metus erſchienen. Weil nämlich die actio quod metus causa eine ſogenannte actio in rem scripta iſt, ſo fand man es angemeſſen, dem Gezwungenen analog auch eine exceptio in rem zuzugeſtehen, anwendbar nicht bloß gegen den Urheber des Zwanges ſelbſt, ſondern gegen jeden, der etwa in die erzwungene Forderung eingetreten ſeyn mochte, wie der Ceſſionar; oder mit anderen Worten, der exceptio metus eine weitere Anwendung zu geben, als der exceptio doli, welche nur gegen den gebraucht werden kann, der ſich ſelbſt gerade in dolo befindet, oder deſſen successor *ex causa lucrativa* iſt. Dieſe ſpä-

62) Glück, Opusc. iurid. fasc. II. p. 404.

63) Rest. edicti perp. in Opp. posth. T. II. p. 398.

tere Abſonderung der exceptio metus von der allgemeinen exceptio doli wird ausdrücklich bezeugt, aber ob dieſe Abſonderung durch ein Edict, oder nur durch Gewohnheit und Praxis erfolgt ſey, wird dabei nicht angegeben [64]). Für Erſteres ſpricht jedoch die beſtimmte Exceptionsformel: „Si in ea re nihil metus causa factum est," und es wäre ſogar nicht unmöglich, daß vielleicht ſchon im Octavianiſchen Edict ſelbſt neben der actio metus causa gleich auch die entſprechend gebildete exceptio metus aufgeſtellt worden wäre.

III. Das letzte hier zu erörternde Edict endlich iſt das des bekannten Juriſten C. Aquillius Gallus, den Cicero ſeinen Collegen nennt [65]), weil in demſelben Jahr Roms 688, in welchem Cicero zum Prätor für die quaestio repetundarum ernannt war [66]),

64) l. 4. §. 33. D. de doli exc. (44, 4). „Metus causa exceptionem Cassius non proposuerat, contentus doli exceptione quae est generalis. Sed utilius visum est, etiam de metu opponere exceptionem. Etenim distat aliquid a doli exceptione, quod exceptio doli personam complectitur eius, qui dolo fecit; enimvero metus causa exceptio in rem scripta est: *si in ea re nihil metus causa factum est*, ut non inspiciamus, an is qui agit, metus causa fecerit aliquid, sed an omnino metus causa factum sit in hac re a quocunque, non tantum ab eo qui agit. Et quamvis de dolo auctoris exceptio non obiiciatur, verumtamen hoc iure utimur, ut de metu non tantum ab auctore, verum a quocunque adhibito exceptio obiici possit."

65) Cic. Top. c. 7. de offic. III. c. 14.

66) Plutarch. in Cicerone c. 9; Cic. pro Cluent. c. 53., pro C. Cornel. init., pro Rabir. Posth. c. 4., ad Attic. I, 4; Val. Max. IX, 12. §. 7.

auch Aquillius eine Prätur bekleidete, wodurch zugleich der Zeitpunkt des Aquilliſchen Edicts beſtimmt wird. Denn wir finden nicht, daß Aquillius mehrmals Prätor geweſen ſey; und daß derſelbe im genannten Jahre das Präſidium in der quaestio de ambitu führte [67]), macht keine Schwierigkeit. Er konnte darum ſehr wohl praetor urbanus oder peregrinus ſeyn, alſo Edicte über privatrechtliche Gegenſtände erlaſſen, da es nichts Ungewöhnliches war, einem der Hauptprätoren nebenher die Direction in einer quaestio perpetua zu übertragen. Aber nicht bloß über die Zeit des Aquilliſchen Edicts ſind wir genauer unterrichtet, als vom Alter der beiden vorigen Edicte; auch über den Inhalt haben wir beſtimmtere Angaben. Cicero ſagt mit dürren Worten, daß Aquillius die actio de dolo aufgeſtellt habe [68]), und um ſo weniger kann es gerechtem Zweifel unterliegen, was unter den formulis de dolo malo zu verſtehen ſey, welche, wie

Dieſe Stellen zeigen klar, daß Cicero, obgleich zuerſt erwählt, doch nicht praetor urbanus war, wie Einige geglaubt haben, ſondern lediglich mit der quaestio repetundarum zu thun hatte.

67) Cic. pro Cluent. c. 53. — Bach (Hist. iur. lib. II. c. 2. sect. 3. §. 14. Note m.) weiß zwar, daß Aquillius nicht praetor urbanus geweſen ſey, aber den Beweis dafür iſt er ſchuldig geblieben; auch überſieht er dabei noch die peregriniſche Prätur, wie Hänel a. a. O. S. 410. richtig bemerkt hat.

68) Cic. de nat. Deor. III. c. 30. „Unde everriculum malitiarum omnium, iudicium de dolo malo, quod C. Aquillius familiaris noster protulit; quem dolum idem Aquillius tum teneri putat, quum aliud sit simulatum, aliud actum."

ebenfalls Cicero erzählt, zum Unglück des Canius noch nicht von Aquillius eingeführt waren, als jener ſich in Syracus hatte anführen laſſen [69]). Es ſind gleich der formula Octaviana für die actio quod metus causa, die Formulare für die doppelte actio de dolo, die actio de dolo in ius concepta, und die actio de dolo in factum [70]). Bisher iſt man freilich

69) Cic. de offic. III. c. 14. „Stomachari Canius. Sed quid faceret? nondum enim Aquillius, collega et familiaris meus, protulerat de dolo malo formulas, in quibus cum ex eo quaereretur: Quid esset dolus malus? respondebat: Quum aliud esset simulatum, aliud actum."

70) Hugo, Rechtsgeſch. S. 784. d. 10ten Aufl. ſagt von den Aquilliſchen Formeln: „Dieſe „ſeine de dolo malo formulae „ſind keine neuen Klagen, ſon„dern neue Clauſeln bei Con„tracten, aus welchen denn „freilich auch geklagt werden „konnte." Ich geſtehe aber, daß mir dieſe Aeußerung aus der Zeit vor Auffindung des Gajus ſtehen geblieben zu ſeyn ſcheint, da man noch keine deutlichen Begriffe von den formulis actionum hatte. Allerdings gab es auch formulae stipulationum, Cic. de Legib. I. c. 4., und Aquillius ſelbſt hatte eine erfunden, die stipulatio Aquilliana, l. 18. §. 1. D. de accept. (46, 4). Hier bietet indeſſen die Stelle bei Cic. de nat. Deor. III. c. 30. einen zu natürlichen Commentar zu den de offic. III. c. 14. erwähnten formulis, als daß wir Grund hätten, noch eine andere Erklärung zu verſuchen. Bei Plin. N. H. IX. c. 59. heißt auch die actio de dolo geradezu formula de dolo, ſo wie in l. 30. §. 5. D. de pecul. (15, 1) gar clausula doli. Ueber Hugo's Anſicht vergl. man Schilling, Bemerk. über Röm. Rechtsg. S. 352 f., wo übrigens unnöthigerweiſe zugegeben wird, daß die formulae Aquillianae, weil im Plural davon die Rede ſey, doch auch wohl die clausula doli mit betroffen haben müßten, während der Plural ſich einfacher aus der doppelten actio de dolo erklären läßt.

geneigt geweſen, die actio in factum für jünger zu halten, als die in ius concepta, weil man ſich immer eine Verwandtſchaft zwiſchen den actiones in factum und den actiones utiles dachte. Seitdem wir aber die eigentliche Natur der actiones in factum aus Gajus kennen gelernt haben, und ſeitdem wir wiſſen, daß für die Klagen, welche beides als actiones directae s. in ius conceptae, und als actiones in factum vorkommen, wie die actio legis Aquiliae [71], und die meiſten Contractsklagen [72], zwiefache Klagformeln im Edict aufgeſtellt waren [73], iſt jede Veranlaſſung zu dieſer Meinung verſchwunden. Jetzt würde es bloße Zweifelſucht ſeyn, in dem Umſtande, daß dem Aquilius in der Mehrzahl formulae de dolo beigelegt werden, etwas Anderes zu ſehen, als den Beweis,

71) l. 11. l. 23. D. praescript verb. (19, 5), l. 33. §. 1. D. ad leg. Aquil. (9, 2), §. 16. I. eod. (4, 3).

72) l. 1. §. 1 u. 2. l. 5. §. 1, 2, 4. l. 13. l. 15. l. 16. pr. l. 17-20. l. 22. l. 24-26. D. praescr. verb. (19, 5), l. 1. pr. D. de aestim. (19, 3), l. 16. D. de cond. caus. data (12, 4), Gaius, IV. §. 47.

73) Gaius, l. c. „Sed ex quibusdam causis Praetor et in ius, et in factum conceptas formulas proponit, velut depositi et commodati." Die Stelle ſtellt beide Formeln für die actio depositi zur Vergleichung neben einander, iſt aber zu lang, um hier in extenso Platz zu finden. Uebrigens ſoll hier nicht geleugnet werden, daß die Römer ſelbſt ſchon zuweilen die Ausdrücke actio utilis und actio in factum verwechſelt haben. So iſt es z. B. kaum zu bezweifeln, daß actio utilis in l. 11. pr. D. de minor. (4, 4) die actio de dolo in factum bezeichne, nach der richtigen Bemerkung von Neuſtetel a. a. O. S. 48.

daß er gleich die zwiefache actio de dolo angegeben habe.

Gleich irrig iſt auch die Anſicht derer, welche die actio de dolo als anfangs nur auf die negotia stricti iuris berechnet anſehen. Die Klage ſollte freilich nur Statt finden, wenn kein anderes Rechtsmittel begründet, und nicht ein Mal die exceptio doli mehr anzuwenden ſey, und daher blieb ſie beim dolus in contractibus bonae fidei ausgeſchloſſen, weil hier die Contractsklage ausreichte, ſo wie überhaupt, wenn das doloſe Factum der Art war, daß es eine andere Delictsklage, oder auch nur eine in integrum restitutio begründete[74]), wogegen ſie bei Betrügereien in negotiis stricti iuris regelmäßig Anwendung finden mußte, ſobald dabei die clausula doli fehlte. Allein ſie war ſo wenig darauf, als auf eigentlichen Betrug beſchränkt, obgleich Letzteres aus der ſchon von den Römiſchen Juriſten verſchieden beurtheilten [75]) Definition gefolgert werden könnte, welche Aquillius ſelbſt vom dolus gegeben[76]), und die nur auf Betrug paßt, aber einen Beitrag mehr zu der allgemeinen Erfahrung liefert, daß man die praktiſche Bedeutung eines Inſtituts

74) l. 1. §. 1 u. 4. l. 2–7. l. 38. l. 40. D. de dolo (4, 3), l. 7. §. 1. D. de in integr. rest. (4, 1), l. 30. §. 5. D. de pecul. (15, 1), l. 21. pr. D. de evict. (21, 2), l. 2. D. de proxenet. (50, 14), l. 2. C. de dolo (2, 21).

75) l. 1. §. 2. D. de dolo (4, 3), vgl. mit Paul. S. R. I, 8.

76) M. ſ. die Stellen in Note 68 u. 69.

faſt nie aus den Definitionen der Alten ableiten und beurtheilen dürfe. Das wahre Fundament der actio de dolo iſt ganz allgemein böſe Abſicht, alſo dolus im weiteren Sinn, worin derſelbe der culpa gegenüber ſteht, und die Klage kann deshalb wegen jeder argliſtigen That gebraucht werden, aus der kein anderes Klagrecht entſpringt. Dies zeigen nicht nur viele vorkommende Beiſpiele [77], ſondern dies iſt auch der allgemeinen Faſſung des uns erhaltenen Bruchſtücks des Aquilliſchen Edicts gemäß:

> „QUAE DOLO MALO FACTA ESSE DICENTUR, SI DE HIS ALIA ACTIO NON ERIT, ET IUSTA CAUSA ESSE VIDEBITUR, IUDICIUM DABO" [78].

Dieſe Worte umfaſſen jede Art des dolus; auch hätte Cicero nicht die actio de dolo ein everriculum *omnium* malitiarum nennen können [79], wenn ſie nicht nach allen Seiten hin die anderweitigen, wegen doloſer Handlungen etwa zuſtändigen Rechtsmittel ergänzt hätte, und noch weniger hätte ſonſt Ulpian das ganz allgemeine crimen stellionatus, welches jede nicht in ein anderes benanntes Verbrechen übergehende

77) l. 18. §. 5. l. 19. l. 23. l. 24. l. 31. l. 32. l. 34. l. 35. l. 39. D. de dolo (4, 3), l. 5. §. 3. D. quib. mod. usufr. (7, 4), l. 14. §. 2. D. de relig. (4, 7), l. 16. §. 1. D. praescr. verb. (19, 5), l. 47. pr. D. de R. I. (15, 17), l. 1. l. 4. C. de dolo (2, 21). Argum. a contrar. gehören auch l. 7. §. 4 u. 5. l. 18. §. 2. D. eod. hierher.

78) l. 1. §. 1. D. eod.

79) M. ſ. Note 68.

argliſtige Schadenszufügung umfaßt, als mit der actio de dolo parallel laufend, darſtellen dürfen [80]).

Nach dieſen geſchichtlichen Unterſuchungen müſſen wir einen Augenblick bei dem praktiſchen Ineinandergreifen der angegebenen Rechtsmittel gegen Zwang und Betrug verweilen. Abgeſehen von den angeführten beſonderen Beſtimmungen der XII Tafeln und der Lex Plaetoria für Pupillen und Minderjährige, war I. gegen jede Klage jetzt die exceptio doli zuläſſig; jedoch bei den actionibus stricti iuris nur vor der Litisconteſtation, indem hier der iudex durch die formula iudicii ausdrücklich zur Berückſichtigung der zugleich namhaft gemachten Einrede auctoriſirt werden mußte, während es bei den iudiciis bonae fidei im officium arbitri lag, auch die erſt vor ihm vorgeſchützte exceptio doli anzunehmen. II. Hatte Jemand ein Klagrecht durch den dolus ſeines Gegners verloren, vermöge eines Verzichtes, Vergleiches u. ſ. w., dann ſtand ihm die replicatio doli nach Analogie der exceptio doli zu. Er konnte die verlorne Klage anſtellen, und wenn der Gegner die exceptio pacti, transactionis, rei iudicatae etc. opponirte, dieſe Einrede

80) l. 3. §. 1. D. stellionatus (47, 20). Man könnte hier auch noch die Analogie der exceptio doli anführen, die ja auch nicht auf Betrug beſchränkt iſt, ſondern überall Statt findet, wo der Klage eine widerrechtliche Abſicht zu Grunde liegt.

mit der replicatio doli niederſchlagen [81]). III. War der Fall der Art, daß ein Reſtitutionsgrund Statt fand, wie beim Betruge gegen Minderjährige ſeit Einführung der restitutio minorum, ſo konnte man ſich auch durch Erbittung der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand helfen [82]). IV. Bei den contractibus bonae fidei konnte der Gezwungene oder Betrogene ſich der Contractsklage bedienen, um Abhülfe zu erlangen, und war endlich V. kein anderes Rechtsmittel begründet, dann fand im Fall des Zwanges die actio quod metus causa [83]), im Fall eines ſonſtigen dolus aber die actio de dolo Statt. Der Zweck und Gegenſtand dieſer beiden Klagen, ſo wie der Contractsklagen bei den negotiis bonae fidei bedarf aber noch einer näheren Erörterung.

Die actiones de dolo und quod metus causa ſind, wie ſchon in der Einleitung vorgekommen iſt, Reſtitutionsklagen im eigentlichen Sinne. Sie gehen zunächſt auf Wiederherſtellung des früheren Zuſtandes und nur in subsidium auf Schadenserſatz [84]) und ſie

81) l. 25. D. de dolo (4, 3), l. 3. l. 6. C. de except. (8, 36).

82) l. 7. §. 1. D. de in integr. rest. (4, 1), l. 1. §. 6. l. 7. pr. l. 38. D. de dolo (4, 3).

83) Die actio quod metus causa ſetzte indeſſen nicht unbedingt den Mangel anderer Rechtsmittel voraus, ſondern nur, wenn man ſie post annum anſtellen wollte, l. 4. C. de his quae vi (2, 20), l. 14. §. 2. l. 19. D. quod met. causa (4, 2).

84) l. 14. §. 1. D. eod. l. 17. pr. D. de dolo (4, 3), l. 2. §. 1. D. de in lit. iur. (12, 3).

gehören deshalb zu den actionibus arbitrariis, indem bei den Römern der Beklagte vor der Condemnation durch ein arbitrium de restituendo zum Reſtituiren aufgefordert ward [85]), wenn nicht den Umſtänden nach einleuchtend war, daß von einer factiſchen Herſtellung des früheren Zuſtandes durch den Beklagten nicht die Rede ſeyn konnte [86]). Bei der actio de dolo war dies ſich auch gleich, man mochte die Klage als actio in ius concepta oder als actio in factum anſtellen, d. h. man mochte ausdrücklich eine Forderung ex dolo als Klagfundament aufſtellen, oder eine ſolche intentio doli weglaſſen, überhaupt von dolus ſchweigen und bloß die in der demonstratio formulae angeführten Thatſachen reden laſſen [87]). Darin lag ein Unterſchied,

85) §. 31. I. de act. (4, 6), l. 9. §. 7 u. 8. D. quod met. causa (4, 2), l. 18. pr. §. 1. D. de dolo (4, 3).

86) l. 18. §. 1 u. 4. D. eod.

87) Gaius, IV. §. 45-47. Nach Anleitung der hier angegebenen Beiſpiele, muß die Formel der actio de dolo directa ungefähr ſo gelautet haben: Iudex esto. *(Demonstratio)* Quod Aulus Agerius Numerio Negidio novatione facta hominem promisit et mancipio dedit pro centum quae sibi deberi dolo malo corruptis testibus probaverat Numerius Negidius — *(Intentio)* si paret Numerium Negidium Aulo Agerio hominem ex dolo dare oportere — *(Condemnatio)* nisi arbitrio tuo is homo restituatur, quanti in litem actor iuraverit, tanti Numerium Negidium condemna, si non paret, absolve, und die Formel der actio in factum: Iudex esto. *(Demonstratio)* Si paret Aulum Agerium Numerio Negidio hominem novatione facta promisisse et mancipio dedisse pro centum quae Numerius Negidius sibi deberi corruptis testibus contra bonam fidem probaverat —

daß man ſich nur der letzteren Form bedienen durfte, wenn man erſt nach einem Jahr klagte [88]), oder gegen Perſonen, denen man Ehrfurcht ſchuldig war [89]), oder gegen die Erben des Betrügers [90]), oder in einem Fall, wo der Schuldige zwar vorſätzlich, aber mehr aus Mitleid und Schwäche, als aus böſer Abſicht gehandelt hatte [91]), weil die actio directa zu den actionibus famosis gehörte [92]), die actio in factum nicht [93]); aber im Uebrigen waren die Bedingungen wie die Wirkungen der actio de dolo immer dieſelben, man mochte ſie in der einen oder in der anderen Form anſtellen.

Aus dieſen Angaben erhellt, daß, wo die actio quod metus causa, oder die actio de dolo gebraucht werden konnte, dem Verletzten wenigſtens die Möglichkeit gegeben war, die Aufhebung des Geſchehenen zu erlangen. Denn wiewohl kein abſoluter Zwang angewandt ward, um den Beklagten zur Erfüllung

(Condemnatio) nisi arbitrio tuo is homo restituatur, quanti in litem actor iuraverit, tanti Numerium Negidium condemna, si non paret absolve. Vergl. l. 11. §. 1. l. 18. pr. D. de dolo (4, 3).

88) l. 28. l. 29. D. de dolo (4, 3), l. 14 pr. D. de aqua et aq. pluv. (39, 3).

89) l. 11. §. 1. l. 12. l. 13. l. 17. §. 1. D. de dolo (4, 3), l. 5. pr. D. de obseq. (37, 15), l. 5. C. de dolo (2, 21).

90) l. 26–29. D. eod. l. 30. §. 7. D. de pecul. (15, 1).

91) l. 7. §. 7. l. 33. D. de dolo (4, 3), l. 14. l. 16. §. 1. D. praescr. verb. (19, 5).

92) l. 1. D. de his qui not. (3, 2), l. 7. §. 1. D. de in integr. rest. (4, 1), l. 1. §. 4. D. de dolo (4, 3).

93) l. 29. D. eod.

des arbitrium de restituendo anzuhalten, ſo trafen ihn doch in der Regel beſondere Nachtheile, wenn er es nicht that [94]), und dieſe waren bedeutend genug, daß der Verletzte im Ganzen mit dieſer indirecten Nöthigung zufrieden ſeyn konnte, ſoferne ihm mehr an der Reſtitution als an der bloßen Entſchädigung gelegen war.

Aehnlich verhielt es ſich aber in der That mit den Contractsklagen aus den negotiis bonae fidei, zu welchen hier übrigens auch die Theilungsklagen in Betreff doloſer vertragsmäßiger Theilungen als actiones quasi ex contractu gezählt werden müſſen. Man konnte damit Erſatz für den dolus fordern [95]), aber man konnte dieſelben auch, ſoferne der Schade nicht ganz unbedeutend [96]) und der dolus bei Eingehung des Geſchäfts vorgefallen war, auf Redhibition, auf Wiederaufhebung des Geſchäftes, und factiſche Wieder-

94) M. ſ. Einleitung I, 2. D.

95) l. 4. pr. l. 6. §. 8 u. 9. l. 13. §. u. 5. l. 30. §. 1. D. de act. empti (19, 1), l. 43. §. 2. l. 68. §. 1 u. 2. D. de contr. empt. (18, 1), Paul. S. R. II, 17. §. 6.

96) l. 54. D. de contr. empt. (18, 1). „Res bona fide vendita propter minimam causam inempta fieri non debet." l. 12. §. 1. D. de iure dot. (23, 3). „Si mulier se dicat circumventam minoris rem aestimasse, utputa servum, si quidem in hoc circumventa est, quod servum dedit, non tantum in hoc, quod minoris aestimavit, in eo actura est, ut servus sibi restituatur." rel. Daſſelbe Princip findet ſich bekanntlich bei der actio de dolo und quod metus causa.

herſtellung des früheren Zuſtandes richten [97]), wobei der Unterſchied von der Aedilitiſchen actio redhibitoria

97) l. 11. §. 3. D. de act. empti (19, 1). „Redhibitionem quoque contiueri empti iudicio, et Labeo et Sabiuus putant, et nos probamus." L. 11. §. 5. D. eod. „Si quis virgiuem se emere putasset, quum mulier venisset, et sciens errare eum venditor passus sit, redhibitionem quidem ex hac causa non esse, *verumtamen ex empto competere actionem ad resolvendam emptionem, ut pretio restituto mulier reddatur.*" L. 1. §. 9. l. 4. §. 4. D. de aedil. ed. (21, 1). „In summa, si quidem auimi tantum vitium est, redhiberi nou potest, nisi si dictum sit, hoc abesse, et non abest; *ex empto tamen agi potest, si sciens id vitium animi reticuit.* L. 23. D. locati coud. (19, 2). „Et ideo praetextu minoris peusiouis locatione facta, *si nullus dolus adversarii probari possit*, rescindi locatio non potest." Hiermit iſt noch eine Anzahl Reſcripte zu verbinden, die ich wenigſtens zum Theil freilich von der eigentlichen in integrum restitutio verſtehen zu müſſen glaube, wie im folgenden § erhellen wird, die aber auch auf die zum Zweck der Reſciſſion des Geſchäfts angeſtellten actiones bonae fidei gehen können, auf jeden Fall aber eins dieſer Rechtsmittel zum Gegenſtande haben. — L. 3. C. quib. in caus. mai. (2, 52), Diocletiauus. „In contractibus qui bonae fidei sunt, etiam maioribus officio iudicis causa coguita, publica iura subveniuut." — Consult. vet. ICti II. lex 1. *Idem.* „Au divisio quam iam factam proponis, couvelli debcat, rector provinciae, praeseute parte diversa, diligenter examinabit: et si fraudibus eam non caruisse perspexerit, quaudo etiam maioribus in perperam factis divisionibus soleat subveniri, quod improbe atque inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur." Ibidem lex 2. *Idem.* „Si divisio inter te et sororem tuam non bona fide facta est, etiam citra principalis restitutionis auxilium, quod etiam maioribus tribui solet, ad aequitatis temperamentum reformari potest." — L. 3. C. comm. utriusq. iud. (3, 38), *Idem.* „Maioribus etiam per fraudem vel dolum vel perperam sine iudicio factis di-

dann darin lag, daß letztere nicht den Beweis des

visionibus, solet subveniri: quia in bonae fidei iudiciis, quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur." — L. 8. C. de collat. (6, 20). *Idem.* Si soror tua in paternorum bonorum divisione te fefellit, nec dotem quam acceperat, a patre vestro intestato diem functo, contulit: praeses provinciae, examinatis partium allegationibus, cum bonis dotem confundi iubebit, et quod deducta ratione plus apud eam esse animadverterit, tibi restitui iubebit." — Consult. vet. ICti IX. lex 9. *Idem:* „Si praeses provinciae ignorantiam tuam fraudulenta transactione ac dolosis artibus generi tui circumscriptum esse cognoverit, si quidem Aquiliana stipulatio et acceptilatio insequuta non est, pactum callide scriptum, integris singulorum actionibus amovebit." — L. 10. C. de resc. vend. (4, 44). *Idem.* Dolus emptoris qualitate facti, non quantitate pretii aestimatur. Quem si fuerit intercessisse probatum: non adversus eum, in quem emptor dominium transtulit, rei vindicatio venditori, sed contra illum cum quo contraxerat, in integrum restitutio competit." — l. 5. C. eod. *Idem:* „Si dolo adversarii deceptum venditionem praedii te fecisse praeses provinciae aditus animadverterit: sciens contrarium esse dolum bonae fidei (quae in huiusmodi maxime contractibus exigitur) rescindi venditionem iubebit. Quod si iure perfecta venditio est a maiore viginti quinque annis, intelligere debes, consensu mutuo perfectam venditionem resolvi non posse." — l. 8. C. eod. *Idem:* „Si voluntate tua fundum tuum filius tuus venumdedit, dolus ex calliditate atque insidiis emptoris argui debet, vel metus mortis vel cruciatus corporis imminens detegi, ne habeatur rata venditio. Hoc enim solum quod paulo minore pretio fundum venditum significas, ad rescindendam venditionem invalidum est." rel. — l. 10. C. de distr. pign. (8, 28). *Idem:* Et qui sub imagine alterius personae quam supposuerat, iugiter tenet, cum sibi negotium gerat, alienasse non videtur (sc. creditor hypothecarius) . . . Sane si debitore distrahente comparaverit, consensu emptionem perfectam, si neque dolus

des dolus vorausſetzte 98), dagegen aber auch in Rückſicht ihrer Anwendung dem Gegenſtande nach viel beſchränkter war 99). Von den actiones de dolo und quod metus causa wichen, wie hieraus erhellt, die actiones bonae fidei, wegen dolus angeſtellt, weſentlich nur darin ab, daß ſie nicht arbitrariae waren, und daß mithin hier dem Beklagten bloß dann die Reſtitution auferlegt ward, wenn der Kläger gerade darauf antrug, ſonſt aber nur Schadenserſatz in Geld. Doch kam in Rückſicht der actio quod metus causa auch noch die Abweichung hinzu, daß die Contractsklagen immer nur gegen den argliſtigen Mitcontrahenten, niemals gegen dritte Beſitzer angeſtellt werden durften, ſelbſt wenn auf Reſtitution einer veräußerten Sache geklagt ward 100). Ich bezweifle indeſſen, daß

adversarii, neque metus causa gesta arguuntur, revocari exemplo grave est." — Consult. vet. ICt. IX lex 2, *Valens et Valentinianus*. Hereditatem, quam tibi competere iure confirmas, negotii merito discusso, approbatis allegationibus, restitui efficiet legum fonte demanans sententia iudicantis, remota videlicet pactione, quam dolo patuerit elicitam.

98) l. 1. §. 2. D. de aedil. ed. (21, 1).

99) Die Aedilitiſchen Klagen finden ja nur bei oneroſen Eigenthumserwerbungen Statt, während die actiones bonae fidei auf Reſciſſion des Geſchehenen auch bei Verträgen ganz anderer Art, z. B. der Miethe, vorkommen können.

100) Die l. 10. C. de rescind. vend. (4, 44) wird dies ſagen, wenn ſie von den Contractsklagen, und nicht bloß von der eigentlichen in integrum restitutio verſtanden werden dürfte. Allein es folgt auch von ſelbſt aus der Natur der Contractsklagen.

man von jeher die Umſtoßung eines Geſchäftes wegen Zwangs oder Betrugs mit den actiones bonae fidei habe erzwingen können; vielmehr glaube ich, daß dieſe Klagen urſprünglich überhaupt nur auf Erſatz, niemals aber auf Reſciſſion gerichtet werden konnten, ſondern erſt ziemlich ſpät durch interpretatio prudentum, die nachher durch Kaiſerliche Reſcripte beſtätigt ward, dieſe Anwendung erhielten, vielleicht in Folge der Einführung der actiones de dolo und quod metus causa, damit ein Betrogener oder Gezwungener in negotiis bonae fidei nicht gar weniger Recht habe, als in contractibus stricti iuris. Ulpian führt noch für jene Anwendung die Meinung von Labeo und Sabinus an, welche er billigt [101]). Kaum dürfte er aber zu ſolchen Auctoritäten ſeine Zuflucht genommen haben, wenn die Zuläſſigkeit der actiones bonae fidei auf Reſciſſion dem alten Civilrecht angehört hätte. Auch deuten die vielen Reſcripte Diocletians, worin er die Befugniß anerkennt, mit der Contractsklage die Aufhebung eines negotium bonae fidei wegen dolus zu verlangen [102]), darauf hin, daß ſelbſt zu ſeiner Zeit die Theorie darüber nicht ganz fixirt war. Man würde ſonſt nicht ſo oft deshalb beim Kaiſer angefragt haben. Endlich beſitzen wir ein hier ſehr merkwürdiges Zeugniß des Symmachus in einem ſeiner Briefe.

101) l. 11. §. 3. D. de act. empti (19, 1).

102) M. ſ. Note 97.

Ein Bruder des Symmachus hatte ein Gut verkauft, und der Käufer hinterher, wegen behaupteten Betruges, auf Reſciſſion des Handels angetragen, weswegen Symmachus, der uns dadurch einen Beitrag zur Geſchichte des Verbots: Ne liceat potentiori patrocinium praestare, [103]) liefert, beim Richter für ſeinen Bruder intercedirte, um die Reſtitution abzuwenden. In dem an den Richter zu dieſem Zweck geſchriebenen Briefe heißt es nun unter andern wider die Reſciſſion angeführten Gründen auch:

„Vox iuris et legum est, bonae fidei contractum non posse rescindi [104]).“

Dieſer Satz war freilich zu Symmachus Zeit nicht mehr wahr. Damals konnte man längſt nicht mehr ſagen, daß ſowohl juriſtiſche Schriften als Conſtitutionen, iura et leges [105]), die Reſciſſion der contractus b. f. verwürfen. Allein ſchwerlich hätte doch Symmachus jenen Satz aufgeſtellt, wenn derſelbe nicht wenigſtens im älteren Römiſchen Recht begründet geweſen wäre, und daß er denſelben noch in ſeinem Zeitalter als gültig betrachtete, dazu mochten ihn die zahlreichen Conſtitutionen verleiten, welche es mißbilligen, um willkührliche Umſtoßung eines Vertrages durch einen Kaiſerlichen Machtſpruch anzuhalten [106]).

103) l. 1 u. 2. C. ne liceat potent. (2, 14); Geſterding, Alte und neue Irrth. der Rechtsgel. S. 436 f.

104) Symmachi Epist. II, 87.

105) Biener Geſch. der Novellen. Berlin 1824. 8. S. 3.

106) l. 3. l. 4. l. 7. l. 8.

Ein ſcheinbarer Widerſpruch gegen die Aufhebung der negotia bonae fidei wegen dolus braucht nur obenhin berührt zu werden, um zu verſchwinden. Diocletian ſagt nämlich ein Mal:

„Si maior transegisti, ad rescindendam transactionem, de dolo contestatio non sufficit [107])."

Dies hat jedoch offenbar nur den Sinn, daß die bloße Behauptung des dolus nicht genügt, ſondern gehöriger Beweis erforderlich ſey, und die Stelle enthält alſo nur, was andere Stellen beſtimmter ausſprechen [108]), ja beſtätigt ſogar argum. a contrario das, was ſie auf den erſten Blick zu verneinen ſcheint.

Hiermit wären wir zu dem Punkte gelangt, wo wir die geſchichtliche Einleitung in die Reſtitution wegen Zwangs und Betrugs ſchließen könnten, wenn nicht noch einer ſehr gewöhnlichen Behauptung zu begegnen wäre, welche zum Theil zu ganz anderen Reſultaten führen müßte, als welche die bisherige Ausführung zuläßt. Ich meine die Behauptung, daß Zwang und Betrug bei Eingehung eines negotium bonae fidei, wenigſtens als dolus causam dans, das Geſchäft nichtig mache, bloß mit der Beſchränkung, daß es dem

l. 11-15. C. de resc. vend. (4, 44), l. 10. C. de distr. pign. (8, 28).

107) l. 22. C. de transact. (2, 4).

108) l. 13. C. eod. l. 4. C. de resc. vend. (4, 44), l. 9. C. de his quae vi (2, 20), l. 6. C. sol. matr. (5, 18).

Verletzten frei ſtehe, ob er von dieſer Nichtigkeit Gebrauch machen, oder den Vertrag aufrecht halten wolle. Beſonders hat Noodt ſich bemüht, dieſe Theorie durch eine ſehr ausführliche Unterſuchung, aber auch mit gewohnter Willkühr, zu erweiſen, und ſeitdem hat dieſe Anſicht faſt allgemein Eingang gefunden. Doch giebt es auch einzelne Gegner derſelben unter den Neueren, unter welchen Neuſtetel a. a. O. auszuzeichnen iſt. Bei den älteren Juriſten war die Meinung nicht ſo beliebt, namentlich ward ſie beinahe von allen Italieniſchen Rechtsgelehrten beſtritten, ſo daß man ehemals in Rückſicht dieſer Frage die Anſicht der Cis- und der Transmontaner zu unterſcheiden pflegte.

Die Unhaltbarkeit des Nullitätsſyſtems, wie ich der Kürze wegen die hier zu widerlegende Anſicht nennen will, geht meines Dafürhaltens unbeſtreitbar aus einem Umſtande hervor, auf den bisher bei der vorliegenden Streitfrage nicht Gewicht genug gelegt worden iſt, aus der Natur der exceptio doli. Wäre die exceptio doli die Behauptung einer völligen Nichtigkeit des Vertrages, ſo leuchtet ein, daß ſie gegen jeden zuläſſig ſeyn müßte, der irgend Rechte aus dem angeblich nichtigen Vertrage ableiten wollte, weil ein abſolut nichtiges Verſprechen gegen Niemanden binden kann. Bekanntlich aber findet die exceptio doli nur gegen den Betrüger ſelbſt und deſſen successor ex causa lucrativa, nicht gegen den successor ex causa onerosa

Statt [109]). Hat alſo Jemand eine durch Betrug erworbene actio bonae fidei, z. B. ſeine Forderung aus einem argliſtigen Kauf- oder Miethcontract, verkauft und cedirt, ſo kann der Betrogene ſich nicht mehr gegen den Ceſſionar auf den dolus berufen, was ihm doch nach dem Nullitätsſyſtem ſtets freiſtehen müßte. Es gehört zu den durchaus unglaublichen Dingen, daß eine abſolut nichtige, mithin rechtlich gar nicht exiſtirende Forderung durch Ceſſion an einen Andern ſollte gültig werden können, wogegen alle Schwierigkeit verſchwindet, ſobald wir die exceptio doli als eine wahre Einrede wider ein an ſich begründetes Recht, aber keineswegs als Behauptung der Nullität auffaſſen; denn daß der Gebrauch einer Einrede beſchränkt iſt, und bloß gegen gewiſſe Perſonen geſtattet wird, darin liegt nichts Widerſinniges. Aehnliches findet ſich ja in vielen anderen Fällen.

Eben ſo ſchlagend iſt es, daß, obgleich die Novation eine gültige Obligation vorausſetzt, doch eine aus argliſtigen negotiis bonae fidei entſtandene Forderung mit voller Wirkung novirt werden kann. So war es ſchon zu Ciceros Zeit, wie die Geſchichte des Canius lehrt [110]), und ſo finden wir es auch noch im ſpäteren Recht [111]). Wie wäre aber, muß man fragen,

109) l. 4. §. 27-33. D. de doli exc. (44, 4).

110) M. ſ. oben Note 30.

111) l. 19. D. de novat. (16, 2), Consult. vet. ICti IX. lex 9.

dies möglich, wenn wirklich jene Geſchäfte als gänzlich ungültig behandelt würden?

Ferner müßte, dem Nullitätsſyſtem zufolge, ein betrogener Verkäufer ſeine Sache von jedem Beſitzer vindiciren können. Dies Recht wird ihm jedoch ausdrücklich abgeſprochen. Er kann von dem Betrüger Reſtitution der Sache oder Erſatz verlangen; allein gegen einen dritten Beſitzer ſteht ihm keine Vindication zu [112]. Sogar von einem Vindicationsrecht gegen den Betrüger ſelbſt, welches wichtig werden könnte, wenn dieſer noch die Sache beſäße, aber Concurs über ſein Vermögen ausgebrochen wäre, iſt nirgends die Rede, ſondern der Betrogene hat nur die perſönliche Contractsklage, um ſeine Anſprüche geltend zu machen. Hier helfen ſich nun freilich die Vertheidiger jenes Syſtems mit der Ausflucht, daß bei Uebertragung des Eigenthums der wirkliche Uebergang deſſelben nicht dadurch gehindert werde, daß der Grund der Uebertragung irrig angenommen oder nichtig ſey, obgleich daraus eine Verbindlichkeit zur Rückgabe entſpringen könne, wie die Grundſätze über die condictio indebiti und sine causa beweiſen. Will man aber auch dieſen Einwand gelten laſſen, ſo wird dadurch doch nur erklärt, warum keine Vindication der betrogen verkauften Sache Statt findet. Keineswegs dagegen werden auch die beiden erſten gegen die Nichtigkeitstheorie angeführten

112) l. 10. C. de resc. vend. (4, 4).

Gründe dadurch beſeitigt, und noch weniger wird die Frage gelöſt, wie denn die Contractsklage auf Aufhebung des doloſen Geſchäftes zugelaſſen werden könne?

Es heißt nämlich nirgends: der betrogene Verkäufer kann condiciren; wohl aber: der betrogene Verkäufer kann die actio venditi auf Umſtoßung des Handels anſtellen [113]), und das iſt weſentlich verſchieden. Jenes ließe ſich zur Noth mit Nichtigkeit des ganzen Handels vereinigen; allein die Contractsklage ſetzt ein an und für ſich rechtsbeſtändiges Geſchäft voraus. Zwar haben Cujaz [114]), Noodt [115]), Voet [116]), Vinnius [117]) und viele Andere das Gegentheil aus einer Pandectenſtelle darthun zu können geglaubt. Sie ſind indeſſen ſchon von Neuſtetel [118]) vollkommen befriedigend widerlegt. Die Stelle lautet ſo:

„Qui nesciens loca sacra, vel religiosa, vel publica, pro privatis comparavit, licet emtio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur, quod interfuit eius, ne deciperetur" [119]).

Es kommt hier darauf an, was die Worte: "licet emptio non teneat" bedeuten. Dieſe können unſtreitig ausdrücken, daß der Vertrag ungültig ſey; ſie kön=

113) l. 11. §. 5. D. de act. empti (19, 1).

114) Observ. II. c. 5.

115) De forma emend. doli mali c. 12.

116) Comm. ad Pand. IV, 3. §. 3.

117) Sel. qu. I. c. 12.

118) A. a. O. Kap. 2.

119) l. 62. §. 1. D. de contr. empt. (18, 1).

nen aber auch eben ſo gut den Sinn haben, *daß, obgleich der Verkauf hier nicht die Verbindlichkeit erzeugen könne, die verſprochene Sache ſelbſt zu ſchaffen*, derſelbe doch allerdings den Verkäufer obligire, nämlich zur Leiſtung eines Aequivalents, und daß dieſer Sinn wirklich anzunehmen ſey, ergiebt die Vergleichung einiger anderen Stellen, in welchen der in jenem Fragment bloß mögliche Sinn unumwunden ausgeſprochen iſt [120]), nur mit zwei natürlichen Ausnahmen, wenn der Käufer die Qualität der Sache gekannt hat [121]), oder wenn dem Contracte die Clauſel beigefügt worden, daß der Handel nur in ſo weit gelten ſolle, als der

120) l. 4. D. de contr. empt. (18, 1). „Et liberi hominis, et loci sacri, et religiosi, qui haberi non potest, emptio intelligitur, si ab ignorante emitur." Der ignorans iſt hier der Käufer, dies zeigt l. 70. D. eod. „Liberi hominis emptionem contrahi posse plerique existimaverunt: si modo inter ignorantes id fiat. Quod idem placet, etiam si venditor sciat, emptor autem ignorat. Quod si emptor sciens liberum esse, emerit: nulla emptio contrahitur. In Uebereinſtimmung mit dieſen Stellen muß begreiflicherweiſe die kurze Bemerkung in l. 34. §. 1. D. eod. „quas natura, vel gentium ius, vel mores civitatis commercio exemerunt, earum nulla venditio est," erklärt werden.

121) l. 6. pr. D. eod. „Sed Celsus filius ait: hominem liberum *scientem* te emere non posse, nec cuiuscunque rei, si scias alienationem non esse, ut sacra et religiosa loca, aut quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur, ut est campus Martius." l. 34. §. 2. l. 70. D. eod.

Gegenſtand deſſelben nicht für res extra commercium erfunden werde [122]. Wir dürfen folglich wohl die Begründung einer Contractsklage durch einen gänzlich nichtigen Vertrag, als unerwieſen, anſehen, und ohne Zweifel wird ſie auch ſtets unerwieſen bleiben, weil ſie in der That auf einer Verrenkung der Begriffe beruht. Es iſt ſchon etwas Seltſames, die Contractsklagen auf Umſtoßung des Contractes zuzulaſſen, und höchſt wahrſcheinlich war daher auch, wie wir geſehen haben, dieſe Anwendung derſelben dem älteren Römiſchen Recht unbekannt. Indeſſen ſteht dieſe Anwendung noch einigermaßen in Harmonie mit der rechtlichen Natur der actiones bonae fidei, da dieſe zur Geltendmachung aller aus einem beſtehenden Obligationsverhältniß hervorgehenden Anſprüche dienen. Aber dieſe Rechtsmittel ſogar da einzuräumen, wo rechtlich gar kein Vertrag vorhanden iſt, alſo die Nichtexiſtenz ihres Fundaments ſelbſt wieder zu ihrem Fundament zu erheben, das wäre doch mehr, als die laxe Theorie der actiones bonae fidei vertragen kann, wenn ſie nicht alle Haltung verlieren ſoll. Der Schluß, der ſich hieraus für unſere Frage ergiebt, braucht kaum erſt hervorgehoben zu werden. Denn ſetzen die Contractsklagen überhaupt einen nicht abſolut nichtigen Vertrag voraus, ſo können die doloſen contractus bonae fidei auch nicht ipso iure null und nichtig ſeyn, weil ſie

122) l. 22–24. D. eod.

die Contractsklage erzeugen, und wenn nun dieſe Klage hier auch auf Reſtitution gerichtet werden kann, ſo muß dies nicht in Ungültigkeit des Vertrages, ſondern bloß darin ſeinen Grund haben, daß der dolus dem Betrogenen ein Recht gewährt, die Umſtoßung des Geſchäftes zu verlangen.

Hierbei ſind auch die Terminologieen nicht außer Acht zu laſſen, durch welche dieſe Umſtoßung bezeichnet wird. Noodt proteſtirt zwar gegen alle Folgerungen aus den unendlich mannigfaltigen Redensarten und Wendungen in Beziehung auf die Folgen des dolus bei Verträgen, und in gewiſſem Sinn hat er Recht. Die Ausdrücke in den Quellen ſprechen nicht immer gegen das Nullitätsſyſtem, ſondern unterſtützen es auch zum Theil. Aufmerkſame Beobachtung hat mich jedoch zu einer Unterſcheidung geführt, die ich für eben ſo feſtſtehend als wichtig halte. Man kann ſich bei den vielfachen Mitteln eines Betrogenen, das Geſchäft zu entkräften, nicht darüber wundern, wenn gar nicht ſelten Aeußerungen, wie: Negotia dolo inita non valent, oder nullius momenti sunt, oder non tenent u. d. m., vorkommen. So oft aber von Anſtellung der Contractsklage auf Reſtitution wegen dolus die Rede iſt, dann deuten die Ausdrücke niemals darauf hin, daß man hier etwas zurückfordern könne, weil der Vertrag nichtig ſey, ſondern es wird dann conſtant nur von rescindere oder amovere quod

geſtum est, von in integrum restituere und redhibere geſprochen [123]). Dies iſt ſchwerlich ein Spiel des Zufalls; vielmehr wäre es Willkühr, in dieſem übereinſtimmenden Sprachgebrauch zahlreicher Stellen in Pandecten und Codex nicht eine auf dieſen Sprachgebrauch hinführende Theorie zu erkennen, welches denn keine andere ſeyn kann, als daß auch die doloſen negotia bonae fidei erſt der Aufhebung bedürfen, indem alle jene Ausdrücke in ihrer eigentlichen Bedeutung auf ein Umſtoßen von etwas ſtreng genommen Rechtsbeſtändigem gehen.

Ueberdies iſt es eine ganz abnorme Nichtigkeit, welche das Nullitätsſyſtem annimmt; eine einſeitige Nichtigkeit nämlich, auf die ſich bloß der Betrogene ſoll berufen können. Was wirklich nichtig iſt, muß für Jedermann ungültig ſeyn. Dennoch iſt nichts gewiſſer, als daß der Betrüger den Vertrag halten muß, wenn der Andere denſelben beſtehen laſſen will [124]). Endlich iſt es auch keiner der ſchwächſten Gründe gegen jenes Syſtem, daß es der unhaltbaren Unterſcheidung von dolum causam dans und incidens nicht entbehren kann. Es wäre praktiſch ſchlechterdings unausführbar, jedes negotium bonae fidei gleich wegen

123) Alle hier einſchlagenden Stellen anzuführen, iſt unmöglich, ich muß mich daher beſchränken, auf die Stellen in Note 97 zu verweiſen.

124) l. 30. C. de transact. (2, 4), Plin. N. H. VII. c. 12.

der geringſten Täuſchung, ſey es auch in einem Nebenpunkt, für nichtig zu erklären, und die Vertheidiger des Nullitätsſyſtems haben daher auch meiſtentheils, um nicht in eine Abſurdität zu verfallen, die Nichtigkeit auf die Fälle eines dolus causam dans beſchränkt. Allein damit iſt in der That wenig gewonnen. Nicht nur wird es im wirklichen Leben in der Regel unmöglich seyn, mit Sicherheit zu beſtimmen, ob ein Betrug als causam dans oder bloß als incidens betrachtet werden müſſe; man ſtreitet ſogar über das Princip der Unterſcheidung. Während Einige bloß auf das Motiv beim Vertrage geſehen wiſſen wollen, ob der Betrogene durch den Betrug erſt zum Contrahiren verleitet, oder nur, einen ohnehin beabſichtigten Vertrag anders, als ſonſt geſchehen wäre, abzuſchließen beſtimmt worden ſey, meinen Andere, es komme auf den Gegenſtand an, ob der Betrug ſich auf den Hauptgegenſtand und Hauptinhalt des Vertrages oder bloß auf Nebendinge beziehe. Daher finden wir einen merkwürdigen Widerſtreit zwiſchen Noodt [125]) und Vinnius [126]) über die Bemerkung Ulpians, daß, wem betrüglicher Weiſe eine mulier ſtatt einer virgo verkauft worden ſey, mit der actio empti auf Umſtoßung des Handels klagen könne [127]). Noodt, welcher den Unterſchied

125) De forma emend. doli mali c. 9. pr.

126) Sel. qu. I. c. 12.

127) l. 11. §. 5. D. de A. E. (19, 1).

von dolus causam dans und incidens nach dem Gegenſtand beurtheilt, findet hier einen Beweis, daß der dolus causam dans den Vertrag nichtig mache. Vinnius dagegen, der ſich bei jener Unterſcheidung nur an den Einfluß des Betruges auf das Motiv zum Handeln hält, ſieht in dem von Ulpian angegebenen Fall nur einen dolus incidens, und hilft ſich daher mit der Annahme, daß man beim dolus incidens wirklich erſt auf Reſciſſion des Geſchäftes klagen müſſe. Wer hier Recht habe, möchte unmöglich ſeyn zu entſcheiden, wenn dies nöthig wäre, eine Nothwendigkeit, der uns indeſſen zum Glück der praktiſche Tact der Römer überhoben hat. Denn der ganze Grenzſtreit in Rückſicht des dolus causam dans und incidens wird vermieden, ſobald keine Nichtigkeit doloſer Geſchäfte angenommen wird, ſondern ſtets auf Reſciſſion derſelben geklagt werden muß, wobei es dann dem Ermeſſen des Richters überlaſſen bleibt, in wie ferne er den dolus erheblich genug findet, um deshalb Reſtitution zu bewilligen [128]). Von den beiden Stellen, welche allein mit einigem Schein für die Unterſcheidung von dolus causam dans und incidens angeführt werden können, läßt ſich auch die eine [129]) befriedigend aus dem Grundſatz erklären, daß die Reſciſſion nicht

128) l. 3. C. quib. in caus. mai. (2, 52).

129) l. 12. §. 1. D. de iure dot. (23, 3).

um jeder Kleinigkeit willen zu gewähren iſt [130]), und auf die andere [131]) werden wir ſpäterhin zurückzukommen Veranlaſſung haben.

Dies ſind im Weſentlichen die Gründe wider das Nullitätsſyſtem, welche ich anzuführen für nöthig gehalten habe. Eine Prüfung der Gegengründe wird dazu dienen, unſere Anſicht noch mehr zu befeſtigen. Bei Lichte beſehen, iſt das eigentliche Fundament des Nullitätsſyſtems nichts mehr und nichts weniger als ein Mißverſtändniß der Sätze: Exceptio doli inest iudiciis bonae fidei, und: Officio iudicis continetur in iudiciis bonae fidei et dolum spectare. Man hat zwar nicht geradezu immer verkannt, daß ſich dieſe Sätze auf die noch vor dem arbiter zuläſſige Berufung auf dolus beziehen; allein man hat ſich den Grund davon ganz unrichtig gedacht. Indem man nämlich die Frage aufgeworfen: wie es komme, daß der Römiſche arbiter auch den erſt vor ihm zur Sprache gebrachten dolus berückſichtigen durfte? iſt man auf eine verkehrte Erklärung gerathen. Anſtatt die Sache einfach daraus abzuleiten, daß der arbiter nicht wie der iudex in iudiciis stricti iuris durch die formula iudicii nur zur Bejahung oder Verneinung ſpecieller Fragen inſtruirt ward, ſondern ganz allgemein zu entſcheiden, wie er es den Umſtänden nach

130) l. 54. D. de contr. empt. (18, 1).

131) l. 7. pr. D. de dolo (4, 3).

billig finde, quantum aequius melius, worin natürlich auch die Ermächtigung zur Berückſichtigung des dolus lag, hat man gemeint, daß jene Befugniß des arbiter, die Berufung auf dolus anzunehmen, aus einer Nichtigkeit der doloſen negotia bonae fidei herrühren müſſe. Es ſey nicht zu glauben, ſagt man, daß die Römer dem arbiter zugemuthet haben ſollten, etwas völlig Nichtiges bloß darum als gültig zu behandeln, weil die Nichtigkeit nicht gleich bei Einleitung des Proceſſes vor dem Prätor angeführt worden ſey; und darauf beruhe die Regel, daß man in iudiciis bonae fidei auch noch vor dem arbiter den dolus geltend machen könne. Dies iſt der Grundirrthum, der ſich bei Vinnius, Voet, Noodt u. A. durch ihre ganze Darſtellung durchzieht, und, von welchem ausgehend, ſie tanquam e vinculis sermocinantur. Daher iſt ihnen auch der doch ſo nahe liegende richtige Sinn zweier Stellen entgangen, die recht ein Paar Hauptſtützen des Nullitätsſyſtems bilden ſollen.

„Paulus *libro XXXII ad Edictum.* „Societas si dolo malo aut fraudandi causa coïta sit, ipso iure nullius momenti est, quia fides bona contraria est fraudi et dolo [132]).“

„Ulpianus *libro XI ad Edictum.* Ita relatum est apud Labeonem: si minor circumscriptus societatem coierit, vel etiam donationis

132) l. 3. §. 3. D. pro socio (17, 2).

causa, nullam esse societatem, nec inter maiores quidem, et ideo cessare partes Praetoris. Idem et Ofilius respondit; satis enim ipso iure munitus est" 133).

Wir müſſen mit dieſen Stellen eine andere vergleichen, welche ebenfalls die Societät zum Gegenſtande hat.

„Paulus *libro VI ad Sabinum*. In societate autem coeunda nihil adtinet de renunciatione cavere, quia *ipso iure* societatis intempestiva renunciatio in aestimationem venit" 134).

Hier geht augenſcheinlich das ipso iure darauf, daß es zum officium iudicis bei der actio pro socio, als einer actio bonae fidei, gehört, die billigen Anſprüche der Geſellſchafter gegen einander wegen unzeitiger Kündigung in Anſchlag zu bringen, auch wenn nichts darüber ausgemacht iſt. Und wenn nun derſelbe Paulus ſagt: Societas dolo malo coita, *ipso iure nullius momenti est*, ſo läßt ſich wohl nicht bezweifeln, daß das ipso iure hier einen entſprechenden Sinn habe, ſich auch auf das officium iudicis beziehe. Der Betrogene socius hat nicht nur ſchon nach Vorſchriften des Civilrechts die exceptio doli gegen die actio pro socio, wenn er belangt wird, ſondern kann dieſe Klage auch, ſo ferne er bereits etwas geleiſtet hat, auf Schadenserſatz oder Reſtitution anſtellen, iſt alſo durch das

133) l. 16. §. 2. D. de minor. (4, 4).

134) l. 17. §. 2. D. pro socio (17, 2).

ius civile ſelbſt gegen Nachtheil aus der argliſtigen Societät geſchützt, die darum mit Fug ipso iure nullius momenti genannt werden kann. Dadurch erhalten wir aber wieder den Schlüſſel zum Ulpianſchen Fragment. Denn die eben angegebenen Rechtsmittel, welche das Civilrecht dem betrogenen Geſellſchafter gewährt, rechtfertigen vollkommen die Bemerkung, daß derſelbe nicht der Prätoriſchen restit. in integrum bedürfe, weil er ſchon ipso iure satis munitus ſey, ohne daß wir zur Erklärung dieſer Bemerkung zur Annahme einer abſoluten Nullität der doloſen Societät unſere Zuflucht zu nehmen brauchten. Daß dem Ulpian dabei der unglückliche Ausdruck „nullam esse societatem" entſchlüpft iſt, kann wohl nicht als ein hinreichender Grund gelten, dieſe Auslegung zu verwerfen, und zwar um ſo weniger, weil jener Ausdruck auch bloß der Kürze wegen gebraucht ſeyn kann, um die societas dolo inita und die zugleich als Beiſpiel angeführte societas donationis causa inita s. Leonina in einem Satze zuſammenzufaſſen. Die letztere iſt nämlich, als ein juriſtiſches Unding, da eine Societät durchaus Gemeinſchaft beides in Zweck und Mitteln erfordert, wirklich nichtig [135]. Doch bietet ſich auch noch eine andere Veranlaſſung jenes Ausdrucks dar. Ulpian ſpricht zunächſt von der von einem Minderjährigen eingegan-

135) l. 5. §. 2. l. 29. §. 2. D. eod. l. 32. §. 24. D. de don. int. V. et U. (24, 1), l. 35. §. 5. D. de m. c. don. (39, 6).

genen Societät, und bemerkt nur hinterher, daß ſelbſt bei Volljährigen daſſelbe Reſultat herauskomme. Wir wiſſen aber, daß die Lex Plaetoria die Verträge Minderjähriger, wobei ſie betrogen worden, für ungültig erklärt hatte, ſo daß Ulpian oder vielmehr Labeo auch dadurch bewogen werden konnte, ſich eines Ausdrucks zu bedienen, der freilich beim Betruge gegen Volljährige nicht ganz paſſend war.

Ein zweites Argument für das Nullitätsſyſtem wird vom Irrthum hergenommen. Da dieſer in mehreren Fällen unzweifelhaft Nichtigkeit der Verträge zur Folge hat, ſo meint man, müſſe daſſelbe doch viel mehr noch Statt finden, wo gar der Irrthum eines Contrahenten böslicher Weiſe von dem andern erregt, oder benutzt worden ſey, kurz wo ein Betrug vorliege. Indeſſen paßt hier das argumentum a minori ad maius ganz und gar nicht. Beim bloßen Irrthum geht das Römiſche Recht nur darauf aus, jeden von poſitivem Schaden zu befreien, was in der Regel am einfachſten durch Nichtigkeit des Vertrages erreicht wird, da alsdann nichts geleiſtet zu werden braucht, und was geleiſtet iſt, vindicirt oder condicirt werden kann. Hingegen beim dolus ſoll der Betrogene nicht bloß keinen poſitiven Schaden erleiden; er hat hier auch ein Recht, Erſatz ſeines geſammten Intereſſe, lucrum cessans wie damnum emergens, vom Betrüger zu fordern, und es gereicht alſo zu ſeinem eigenen Beſten, daß

der Vertrag in ſo fern für gültig erklärt iſt, daß er die Contractsklage daraus anſtellen, und dabei jenes Intereſſe geltend machen darf.

Eben ſo wenig entſcheidend ſind die auch hierher gezogenen Grundſätze über den Verkauf abgebrannter Häuſer, die aber allgemein auf den Verkauf zu Grunde gegangener Sachen anzuwenden ſind. Es werden in dieſer Beziehung vier Fälle unterſchieden [136]:

1. Wußte kein Theil um den Brand, und das Haus iſt gänzlich abgebrannt, ſo iſt der Handel, als über eine nicht exiſtirende Sache geſchloſſen, hinfällig. Daſſelbe ſoll gelten, wenn mehr als die Hälfte abgebrannt iſt, wogegen, wenn weniger abgebrannt iſt, der Handel beſtehen bleibt, und nur der Preis verhältnißmäßig vermindert wird.

2. War der Brand dem Verkäufer, aber nicht dem Käufer bekannt, alsdann ſoll zwar auch bei totalem Untergang des Gebäudes der Vertrag ungültig ſeyn, offenbar wieder weil der Gegenſtand des Handels fehlt. Iſt aber auch nur der geringſte Theil des Gebäudes übrig, dann bleibt der Kauf beſtehen, und der Verkäufer muß für ſeinen dolus dem Käufer ſein geſammtes Intereſſe erſetzen.

3. Hat dagegen nur der Käufer um den Brand gewußt, ſo ſoll er, das Haus mag ganz oder zum

136) l. 57 u. 58. D. de contr. empt. (18, 1).

Theil abgebrannt ſein, unbedingt die Kaufſumme bezahlen.

4. Hatten aber endlich beide Theile Kenntniß von dem Brande, dann ſoll der gegenſeitige dolus ſich aufheben, und der Vertrag als nicht geſchloſſen angeſehen, daher auch keine Klage daraus zugelaſſen werden.

Es iſt auffallend, daß Anton Faber 137) und ſelbſt Noodt 138) gerade die drei letzten dieſer Regeln für unächt und untergeſchoben halten, während doch nur die erſte als zum Theil willkührlich erſcheint, die anderen dagegen ganz conſequent ſind. Denn in der zweiten Regel finden wir das Princip anerkannt, daß Betrug den Kaufcontract keineswegs nichtig mache, vorausgeſetzt, daß der Gegenſtand des Kaufs wenigſtens noch theilweiſe vorhanden iſt, weil Verträge über eine nicht exiſtirende Sache unwirkſam ſind 139), ſo daß auch die Abſicht zu betrügen dabei nicht weiter in Betracht kommen kann. Man denke hier nicht an die Unterſcheidung von dolus causam dans und incidens, welche die Anhänger des Nullitätsſyſtems hier erkennen wollen; denn unmöglich kann es als ein bloßer dolus incidens gelten, wenn nur ein unbedeutender Reſt des

137) Coni. iur. civ. XII. c. 17. u. Ration. ad Pand. ad leg. 57. D. de contr. empt. (18, 1).

138) De forma emend. doli mali c. 11.

139) l. 15. pr. D. de contr. empt. (18, 1), l. 1. §. 9. D. de O. et A. (44, 7).

abgebrannten Hauſes übrig iſt, wo doch der Kauf beſtehen ſoll. Uebereinſtimmend heißt es auch vom Verkauf geſtohlner Sachen:

„Quodsi venditor scit, emptor ignoravit (sc. rem esse furtivam), *utrinque obligatio contrahitur*. Et ita Pomponius quoque scribit [140]),"

wobei jeder Gedanke an einen dolus incidens wegfallen muß. Die dritte Regel wird gleichfalls durch eine andere Stelle beſtätigt:

„Si emptor solus scit (rem esse furtivam), non obligabitur venditor; nec tamen ex vendito quidquam consequitur, nisi ultro, quod convenerit, praestet [141])."

Es ſcheint mir ganz klar, daß dieſer Grundſatz identiſch ſey mit dem, daß, wenn der Käufer eines Hauſes allein um den Ruin deſſelben gewußt habe, er unbedingt bezahlen müſſe, indem ſich unſtreitig von ſelbſt verſteht, daß der Käufer im letzteren Fall auch den Bauplatz und was etwa ſonſt noch vom Gebäude übrig iſt, vom Verkäufer fordern, und bis ihm dieſe Gegenſtände tradirt worden ſind, ſich mit der exceptio non adimpleti contractus, eben wie beim Ankauf geſtohlner Sachen, ſchützen kann. Daraus erklärt ſich aber endlich wieder die vierte Regel, für die es auch eine Parallelſtelle giebt:

140) l. 34. §. 2. in fine. D. de contr. empt. (18, 1).

141) l. 34. §. 2. in med. D. cit.

Item si et emptor et venditor scit, furtivum esse quod venit, a neutra parte obligatio contrahitur 142)."

Denn kann der Käufer, ungeachtet ſeiner Kenntniß von der Beſchaffenheit der Sache, doch nur dann belangt werden, wenn die Erfüllung an ihn ſoweit möglich erfolgt iſt, ſo iſt er in dem Fall, wo auch der Verkäufer Beſcheid gewußt hat, überhaupt geſichert, weil er hier wegen des dolus des Verkäufers nicht genöthigt werden kann, die Sache, wie ſie eben iſt, anzunehmen, und wenn etwa der Verkäufer ihn als einen in mora accipiendi befindlichen Creditor belangen wollte, die exceptio doli hat, um ſich zu ſchützen. Auf der anderen Seite kann aber auch der Verkäufer doch nicht auf den Grund ſeines dolus in Anſpruch genommen werden, weil der Käufer nicht wirklich getäuſcht iſt, und die beiderſeitigen Einreden machen daher den Vertrag folgeweiſe unverbindlich, ſo daß, wenn man auf das Reſultat ſieht, mit Wahrheit geſagt werden kann: „a neutra parte obligatio contrahitur," ohne daß dadurch eine allgemeine Nichtigkeit doloſer Kaufcontracte involvirt würde, wie denn ja auch hier ausdrücklich nicht das Vorhandenſeyn eines dolus an ſich, ſondern nur das Zuſammentreffen ge-

142) l. 34. §. 2. init. D. u. l. 4. §. 13. D. de doli exc. cit. M. ſ. auch l. 70. D. eod. (44, 4).

genſeitiger Abſicht zu betrügen, als Grund der Unwirkſamkeit des Vertrages hervorgehoben wird.

Noch iſt aber der eigentliche Grundpfeiler des Nullitätsſyſtems übrig, eine Stelle, über die ſchon unendlich viel geſchrieben und geſtritten worden iſt, ohne daß man bis jetzt damit aufs Reine gekommen wäre, was auch nie geſchehen dürfte, weil dieſelbe ganz gewiß einen Mißgriff enthält, welcher jedoch nicht einmal dem Nullitätsſyſtem zu Statten kommt.

„Ulpianus *libro XI ad Edictum*. Et eleganter Pomponius haec verba: *si alia actio non erit*, sic excipit, quasi res alio modo ei, ad quem ea res pertinet, salva esse non poterit. Nec videtur huic sententiae adversari, quod Iulianus libro quarto scribit, si minor annis viginti quinque consilio servi circumscriptus eum vendiderit cum peculio, emptorque eum manumiserit, dandam in manumissum de dolo actionem. Hoc enim sic accipimus, carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit, *aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est*; et quod minor proponitur, non inducit in integrum restitutionem; nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere [143]."

Was Ulpian hier ſagen will, liegt zu Tage. Er

143) l. 7. pr. D. de dolo (4, 3).

will erklären, wie mit der ſubſidiairen Natur der actio de dolo die Bemerkung Julians zu vereinigen ſey, daß ein Minderjähriger, der durch den Betrug ſeines Sklaven verleitet worden, dieſen mit dem Peculium zu verkaufen, wenn der Käufer den Sklaven manumittirt habe, die actio de dolo gegen den Freigelaſſenen anſtellen könne. Vollkommen richtig iſt es auch, daß, wo der Käufer keinen Antheil an dem Betruge habe, die actio de dolo gegen den Freigelaſſenen begründet ſey, indem hier ja nicht gegen den Käufer aus dem Contract wegen des Betruges geklagt werden kann; und eben ſo iſt es richtig, daß die ſonſt bei allen Beeinträchtigungen Minderjähriger zuläſſige Prätoriſche Reſtitution, hier der actio de dolo nicht im Wege ſtehe, da bei Freilaſſungen die Reſtitution ausgeſchloſſen iſt [144]. Aber wie kann Ulpian hinzufügen, daß die Bemerkung Julians auch dann zutreffe, wenn der Handel nichtig ſey, weil der Minderjährige nicht bloß zum Verkaufen mit dem Peculium, ſondern überhaupt zum Verkaufen verleitet worden? Dies ſcheint ja ganz die Theorie zu beſtätigen, daß dolus causam dans einen contractus bonae fidei vernichte? Indeſſen überſehen die Vertheidiger dieſer Theorie dabei eine Schwierigkeit. Sie ſelbſt behaupten ja, daß auch aus den wegen dolus ungültigen Verträgen die Contractsklage auf Rückgabe des Geleiſteten

144) M. ſ. oben §. 10. Note 70.

oder Schadenserſatz möglich ſey, und müſſen dies behaupten, um nicht mit den zahlreichen Stellen in Colliſion zu gerathen, welche die Zuläſſigkeit jener Klagen in der angegebenen Beziehung ausſprechen [145]) und für welche ihnen ſonſt eine Erklärung abgehen würde. Allein **Ulpian** geht in unſerem Fragment unverkennbar davon aus, daß ein nichtiger Verkauf keineswegs die actio venditi gegen den Käufer begründe. Denn nur aus dem Mangel dieſer Klage leitet er das Recht des betrogenen Verkäufers auf Anſtellung der actio de dolo gegen den ungültigerweiſe verkauften und darauf freigelaſſenen Sklaven ab. Auch er hat freilich wieder einen Fehler begangen, weil, wenn ein nichtiger Handel auch keine Contractsklage erzeugt, doch die condictio sine causa immer auf Rückgabe oder Erſatz der tradirten Sache Statt findet, folglich aus dieſem Grunde die actio de dolo dennoch nicht vorkommen kann. Vorläufig genügt es jedoch, daß **Ulpian** nicht mit dem Nullitätsſyſtem übereinſtimmt.

Wir müſſen nun verſuchen, uns in den Gedankengang **Ulpians** hineinzuſetzen, um wenigſtens zu begreifen, wie er zu den aufgeſtellten Sätzen gekommen ſey, wenn ſich dieſe auch nur zum Theil rechtfertigen laſſen. Sollte es wohl gleichgültig ſeyn, daß gerade von einem Minderjährigen als Verkäufer die Rede iſt?

145) M. ſ. oben Note 97.

Dies iſt an ſich nicht zu vermuthen; aber auch nicht glaublich, daß das Beiſpiel eines minderjährigen Verkäufers bloß gewählt ſey, um die überflüſſige Bemerkung am Schluß anfügen zu können, daß die in integrum restitutio propter minorem aetatem hier keine Anwendung finde. Der Gedanke an die Nichtigkeitserklärung der argliſtigen Verträge mit Minderjährigen in der Lex Plaetoria liegt, dünkt mich, auf der Oberfläche [146]). Es verſteht ſich von ſelbſt, daß dieſe Nichtigkeit ſich doch bloß auf den Fall beziehen konnte, wenn der dolus wirklich den Vertrag ſelbſt betraf, nicht, wenn man bei Gelegenheit eines Vertrages von einem Dritten angeführt ward. So ferne daher Jemand ohne Argliſt einem Minderjährigen einen Sklaven abkaufte, und dieſer den Verkäufer beſchwatzte, ihm ſein Peculium bei der Veräußerung zu laſſen, ſo

146) Auch Neuſtetel S. 43 f. nimmt hier ein ſingulaires Recht an, allein ganz anderer Art. Ein Senatsſchluß hatte in Beziehung auf die Beſtimmung der lex Aelia Sentia, daß Niemand manumittiren dürfe, bevor er 20 Jahr alt ſey, feſtgeſetzt, daß es, als eine bloß in fraudem legis vorgenommene Handlung nichts helfen ſolle, wenn ein noch nicht zwanzigjähriger Herr ſeinen Sklaven einem Anderen zum Zweck der Freilaſſung übergebe, l. 4. C. qui manum. non poss. (7, 11), l. 7. §. 1. D. qui et a quib. man. (40, 9), l. 4. D. de serv. export. (18, 7) und Neuſtetel meint nun, daß Ulpian einen ſolchen Fall vor Augen gehabt habe. Aber jener Senatsſchluß betraf nicht die alienatio, ſondern nur die *traditio* manumissionis causa, alſo bloß ſimulirte Veräußerungen. Ulpian dagegen ſpricht von einer ernſtlich gemeinten venditio. Außerdem iſt die Neuſtetelſche Erklärung höchſt gezwungen.

griffen weder die Vorſchriften der Lex Plaetoria Platz, noch konnte der Käufer mit der Contractsklage als Betrüger in Anſpruch genommen werden; und hier war demnach ein Fall für die actio de dolo begründet, die freilich, ſo lange der doloſe Sklave ſich noch in Sklaverei befand, als actio noxalis wider den gegenwärtigen Herrn [147]), aber nach der Freilaſſung des Sklaven nur gegen den Freigelaſſenen ſelbſt gerichtet werden konnte. Wo dagegen ſich zugleich der Käufer in dolo befand, alſo der Handel ſelbſt argliſtig war, da war der casus legis Plaetoriae vorhanden und der Vertrag nichtig, ſo daß keine Contractsklage darauf gebaut werden konnte. Auf dieſe Weiſe erhalten wir einen einfachen und haltbaren Sinn des „aut carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit" auf der einen, und des „aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est (minor)" auf der andern Seite, der weder der unpraktiſchen Diſtinction von dolus causam dans und incidens, noch der überall anſtoßenden Nichtigkeit aller argliſtigen negotia bonae fidei bedarf, und der zugleich unſere Behauptung beſtätigt, daß ein nichtiger Vertrag keine Contractsklage gewähren könne. Der Fehler bleibt allerdings immer, daß Ulpian die im Fall der Nichtigkeit Statt findende condictio sine causa außer Acht gelaſſen hat. Aber dies kann unſerer

147) l. 9. §. 4. D. de dolo (4, 3).

Erklärung nicht ſchaden, weil dieſer Fehler auch nicht gehoben wird, wenn man die Nichtigkeit, von der Ulpian ſpricht, nicht aus einem ſingulairen Recht für Minderjährige, ſondern aus einer allgemeinen Ungültigkeit der doloſen negotia bonae fidei ableitet, und ſich überhaupt nicht wegbringen läßt.

Es giebt übrigens wirklich einige Rechtsgeſchäfte, welche wegen dolus nichtig ſeyn können, nur ſtehen dieſe nicht mit dem Gegenſatz von negotiis bonae fidei und stricti iuris in Verbindung. Der Hauptfall iſt, wenn ein Urtheil durch falſche Urkunden iſt erſchlichen worden. Wird hier die accusatio falsi gegen den Sieger durchgeführt, und die Verfälſchung der Documente dargethan, ſo iſt das darauf gebaute Erkenntniß dergeſtalt null und nichtig, daß ſogar die condictio indebiti in Rückſicht des ſchon Geleiſteten angeſtellt werden kann [148]. Bei dolus anderer Art, wodurch Jemand ein günſtiges Urtheil erlangt hat, findet ſich aber dieſes nicht [149]. Dagegen bietet die Freilaſſung einen andern hierher gehörigen Fall. Manumiſſionen werden überhaupt in mehreren Fällen als nichtig behandelt, wo andere Veräußerungen beſtehen bleiben, weil der Freigelaſſene aufhört Sache zu ſeyn, folglich

148) l. 1-4. C. si ex falsis instr. (7, 58), Paul. S. R. V, 5. A. §. 10. l. 11. D. de exception. (44, 1).

149) l. 24. D. de dolo (4, 3), l. 33. D. de re iud. (42, 1).

manche Rechte durch die Freilaſſung, wenn dieſe erhalten wird, ganz wegfallen müſſen, welche bei ſonſtigen Veräußerungen fortdauern können. So iſt zwar die Alienation einer fremden Sache keineswegs unwirkſam [150]), wohl aber die Manumiſſion eines fremden Sklaven [151]). So ſind die manumissiones in fraudem creditorum nach der Lex Aelia Sentia durchaus ungültig [152]), während andere alienationes in fraudem creditorum nur die actio Pauliana begründen. So iſt ferner die Manumiſſion eines speciell verpfändeten Sklaven nichtig [153]), wogegen die Veräußerung anderer ſpeciell verpfändeter beweglicher Sachen, obgleich des dadurch erleichterten Wegkommens der Sachen halber unſtatthaft [154]), wenn ſie ein Mal geſchehen iſt, beſtehen bleibt, weil ſie die Ausübung des Pfandrechts nicht unmöglich macht [155]), und ſo iſt endlich auch die teſtamentariſche Manumiſſion eines

150) l. 28. l. 34. §. 3. D. de contr. empt. (18, 1).

151) l. 20. D. qui et a quib. man. (40, 9), l. 9. C. de man. test. (7, 2), l. 4. l. 5. C. de his qui a non dom. man. (7, 10), l. 2. C. de mancip. et colon. (11, 62).

152) Gaius I. §. 37, Ulp. I. §. 15. pr. §. 1 - 3. I. qui et quib. ex caus. man. non poss. (1, 6).

153) l. 9. D. in quib. caus. pign. (20, 2), l. 1. C. de remiss. pign. (8, 26), l. 3. C. de servo pign. dato (7, 8).

154) l. 6. pr. D. de pign. act. (13, 7), l. 19. §. 6. l. 68. pr. D. de furtis (47, 2), l. 6. C. de usuc. pro emptore (7, 26).

155) l. 3. §. 1. D. stellionatus (47, 20), l. 1. C. de precar. (8, 9), l. 15. C. de pign. (8, 14), l. 10. C. de remiss. pign. (8, 26), l. 12. l. 14. l. 17. C. de distr. pign. (8, 28), Nov. 112. c. 1. und

durch ein erzwungenes Geſchäft erworbenen Sklaven ungültig, da ſonſt der Gezwungene gar kein Rechtsmittel auf Entſchädigung hätte, indem der Erbe des Schuldigen, als nicht bereichert, auch nicht mit der actio quod metus causa belangt werden könnte [156]. Unter dieſen Umſtänden kann es uns nicht Wunder nehmen, wenn auch erzwungene Freilaſſungen für hinfällig erklärt ſind, um den Grundſatz, daß es keine Reſtitution wider die Freiheit gebe, aufrecht zu erhalten, und doch auch einen unbilligen Nachtheil vom Gezwungenen abzuwenden [157]. Doch wage ich nicht, daſſelbe auch von den durch Betrug erwirkten Freilaſſungen zu behaupten. Zum Wenigſten iſt die durch ein betrüglich erſchlichenes Urtheil erlangte Freiheit rechtsbeſtändig [158]. Vielleicht ſind auch die Geſchäfte eines Pupillen, wobei die auctoritas tutoris erzwungen worden

arg. a contrar. l. 13. pr. l. 34. pr. D. de pignor. (20. 1). Es gehört zu den völlig grundloſen Sätzen mancher Compendien, daß die Veräußerung speciell verpfändeter beweglicher Sachen, weil unerlaubt, auch nichtig ſey.

156) l. 2. D. quib. ad lib. proclam. non licet (40. 13), verglichen mit l. 19 u. 20. D. quod met. causa (4. 2).

157) l. 9. pr. D. qui et a quib. manum. (40. 9). „Ille servus liber non erit, qui coegerit, ut eum dominus manumittat, et ille perterritus scripserit, liberum eum esse." l. 17. pr. D. eod. „Si privatus coactus a populo manumiserit, quamvis voluntatem accommodaverit, tamen non erit liber; nam et divus Marcus prohibuit ex acclamatione populi manumittere."

158) l. 24. D. de dolo (4, 3).

iſt, nichtig. Die Stellen, welche darauf hindeuten [159]), laſſen ſich indeſſen auch anders verſtehen.

Wir dürfen hier aber die Frage nicht unberührt laſſen, ob nicht die erzwungenen Geſchäfte überhaupt nichtig ſind, wenigſtens die erzwungenen negotia bonae fidei, ob mithin nicht, was in Anſehung des dolus im Allgemeinen als unrichtig nachgewieſen worden, doch in Rückſicht des Zwanges wahr ſey? Man könnte ſogar glauben, die erſte Quelle dieſer Nichtigkeit in der Lex Iulia de vi publica zu entdecken, indem Marcian erzählt, dieſes Geſetz habe die Strafe der vis publica auch auf das Erzwingen von Verſprechungen geſetzt, und ſich dabei der Wendung bedient:

„quive per vim sibi aliquem obligaverit, *nam eam obligationem lex rescindit* [160]).“

Welcher aber auch der Ausdruck des Geſetzes geweſen ſeyn mag, der Marcian zu dieſer Aeußerung veranlaßt hat; von einer Nichtigkeitserklärung im eigentlichen Sinn kann nicht die Rede geweſen ſeyn. Dafür bürgt uns die im folgenden § nachzuweiſende in integrum restitutio propter metum, welche Rechtsbeſtändigkeit der erzwungenen Geſchäfte vorausſetzt, und zu feſt begründet iſt, um bezweifelt zu werden. Einige ſcheinbar für eine allgemeine Ungültigkeit erzwungener Ge-

159) l. 1. §. 1. l. 17. D. de auct. tut. (26, 8).

160) l. 5. pr. D. ad leg. Iul. de vi publ. (48, 6).

ſchäfte ſprechende Stellen, laſſen ſich auch leicht beſeitigen.

I. „*Imp. Severus A. Iulio Conserturino.* **Ea** quae per vim et metum gesta sunt, etiam citra principale auxilium irrita esse debere, iampridem constitutum est [161])."

Hier wird nur der Beſcheid ertheilt, daß man im Fall des Zwanges nicht erſt beim Kaiſer Reſtitution zu ſuchen brauche, eine Antwort, die eben ſo in Beziehung auf betrügliche Geſchäfte vorkommt [162]), und durch die exceptio doli und metus, die actio de dolo und quod metus causa, und die Contractsklage bei den negotiis bonae fidei hinreichend erklärt wird.

II. „*Imp. Antonius A. Iul. Basiliae.* Pacta, quae ab invitis contra leges constitutionesque fiunt, nullam vim habere indubitati iuris est [163])."

Bei dieſer Stelle iſt nur zu beachten, daß ſie nicht bloß von erzwungenen Verträgen handelt, ſondern zugleich von ſolchen, welche contra leges constitutionesque ſind. Solche Verträge ſind freilich nichtig, aber das iſt durchaus gleichgültig für die Frage, auf welche es hier ankommt.

III. „*Imp. Valens et Valentinianus A. A. Mamertino Pf. P.* Pacta quidem per vim et me-

161) Cons. vet. ICti I. lex 1.

162) Ibid. IX. lex 9. M. ſ. Note 97 a. E.

163) Ibid. I. lex 2.

tum apud omnes satis constat cassata viribus esse respuenda [164]."

Aehnliche Reſcripte kommen genug in Betreff betrüglicher Geſchäfte vor [165], woraus ſchon von ſelbſt folgt, daß der hier gebrauchte unbeſtimmte Ausdruck über die Kraftloſigkeit des Vertrages nicht von einer abſoluten Nullität zu verſtehen, ſondern nur aus den verſchiedenen dem Betrogenen uud Gezwungenen zuſtehenden Rechtsmitteln zu erklären ſey.

IV. „Seneca *de Controv. IV*, 26. Neque enim lex vim adhibenti irascitur, sed passo succurrit, *et iniquum illi videtur, id ratum esse*, quod aliquis non quia voluit pactus est, sed quia coactus est."

Daß Seneca die vorhin erwähnte Strafbeſtimmung der Lex Iulia de vi publica überſehen hat, kann bei ihm nicht befremden, ſo wenig als daß er das Prätoriſche Edict Lex nennt, denn er hat hier offenbar an das Prätoriſche „Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo" gedacht. Der letztere Umſtand giebt uns aber Aufſchluß darüber, wie das ratum non esse zu verſtehen ſey. Seneca wird keinen andern Sinn damit verknüpft haben, als der Prätor ſelbſt, womit der von Seneca angegebene Grund: „quod aliquis

164) Ibid. IX. lex 3.

165) Z. B. Ibid. I. lex 3. u. IX. lex 10. M. ſehe auch l. 7. §. 7-11. D. de pactis (2, 14).

non quia voluit pactus est, sed quia coactus est" auch nicht in Widerſpruch ſteht. Wir beſitzen zum Glück eine merkwürdige Parallelſtelle [166]), in welcher der Juriſt Paulus gerade aus demſelben Grunde ableitet, daß erzwungene Rechtsgeſchäfte nicht von Anfang an nichtig wären und daher die in integrum restitutio zuließen.

Keine haltbareren Argumente gewinnt man aber auch, wenn man mit Walch [167]), Thibaut [168]) u. A. die angebliche Nichtigkeit erzwungener Geſchäfte auf die negotia bonae fidei beſchränkt. Die immer dafür angeführte Stelle:

„Ulpianus, *libro XI ad Edictum*. Nihil consensui tam contrarium est, qui et bonae fidei iudicia sustinet, quam vis atque metus, quem comprobare contra bonos mores est [169])."

lautet an ſich ſchon viel zu unbeſtimmt, um darauf eine beſondere Theorie zu bauen, und überdies iſt es höchſt wahrſcheinlich, daß ſie nur eine Erläuterung jenes „Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo", womit das Edict die Aufſtellung der actio quod metus causa eingeleitet hatte, ſeyn ſoll, da ſie aus Ulpians lib. XI ad Edictum genommen iſt, wo er die actio quod metus causa und die actio

166) l. 21. §. 5. D. quod metus causa (4, 2).

167) G. F. Walch, Comm. de act. vi metuve extortis etc. Jenae 1790. 4. Sect. I. §. 3 f.

168) Pandectenſyſtem §. 152.

169) l. 116. pr. D. de R. I.

de dolo abgehandelt hat. Man muß, anſtatt dieſes vieldeutige Fragment zur Baſis der Interpretation der Aeußerungen unſerer Quellen über den Zwang in negotiis bonae fidei zu machen, umgekehrt den Sinn deſſelben aus anderen klareren Ueberlieferungen beſtimmen, und dazu fehlt es uns nicht an Materialien. Paulus erklärt ſo beſtimmt als möglich, daß ein erzwungener mutuus dissensus, der doch gleich den Conſenſualcontracten zu den negotiis bonae fidei gehörte [170]), keineswegs nichtig ſey, ſondern eben wie eine acceptilatio die vorhandene Obligation aufhebe, weshalb man ſich der actio quod metus causa bedienen müſſe [171]), und zahlreiche Conſtitutionen ſprechen in Rückſicht erzwungener contractus bonae fidei aus, daß man beim Richter auf Reſciſſion anzutragen habe [172]). Dieſe Conſtitutionen ſind um ſo beachtenswerther, weil ſie zum Theil ausdrücklich die richterliche Reſciſſion als den Sinn des Prätoriſchen ratum non habebo angeben [173]), als die zum Zweck dieſer Reſciſſion electiv zu gebrauchenden Rechtsmittel, theils die actio quod metus causa, theils die Contractsklage, theils die eigentliche in integrum restitutio bezeichnen;

170) l. 7. §. 6. l. 57. D. de pactis (2, 14).

171) l. 21. §. 4. D. quod met. causa (4, 2).

172) l. 13. C. de transact. (2, 4), l. 3, 4, 5, 7, 8, 11. 12. C. de his quae vi (2, 20), l. 1. l. 8. C. de resc. vend. (4, 44), l. 10. C. de distr. pign. (8, 28).

173) l. 13. C. de transact. (2, 4), l. 3. l. 4. C. de his quae vi (2, 20).

denn daß die letztere wirklich in einigen jener Conſtitutionen gemeint ſey 174), wird aus der näheren Erörterung dieſer Stellen im folgenden § hervorgehen.

Mit der vermeintlichen Ungültigkeit erzwungener negotia bonae fidei fällt auch die Behauptung Einiger hinweg, daß heutzutage alle erzwungenen Geſchäfte nichtig wären, weil jetzt alle Rechtsgeſchäfte als negotia bonae fidei angeſehen werden müßten 175). Da die Prämiſſe falſch iſt, ſo kann auch der Schluß nicht richtig ſeyn, und wenn Thibaut ſich für jene Behauptung auf drei Stellen des Canoniſchen Rechts beruft 176), ſo müßte, um dieſen Stellen hier Beweiskraft zu verleihen, einestheils dargethan werden, daß promiſſoriſche Eide und Remiſſion des Kirchenbanns, wovon dieſelben reden, den negotiis bonae fidei beizuzählen wären, anderntheils daß das Canoniſche Recht wirklich die Römiſchen Grundſätze über erzwungene Geſchäfte habe ändern wollen. Daſſelbe ſpricht nämlich davon, daß per vim et metum gesta ad irritum revocanda, oder robore firmitatis carere, oder viribus vacuanda; lauter Redensarten, die eben ſo wenig von einer abſoluten Nichtigkeit verſtanden zu werden brauchen, als manche ähnliche Ausdrücke im Römiſchen

174) Namentlich in l. 3. C. eod. und l. 1. C. de resc. vend. (4, 44).

175) C. G. Breuning, im Juriſt. Mag. von Siebenkees B. 2. S. 156 f., Thibaut a. a. O.

176) cap. 2 u. 4. X. de his quae vi (1, 40), cap. un. eod. in VIto (1, 20).

Recht. In anderen Stellen des Canoniſchen Rechts iſt ausdrücklich von der in integrum restitutio propter metum die Rede, wie z. B. wenn Innocenz III. ein Mal die gegen einen erzwungenen Eid geſuchte Reſtitution nur darum verwirft, weil in dem gegebenen Fall kein metus qui cadit in virum constantem vorlag [177]).

Denkt man ſich auch nur ohne vorgefaßte Meinung in das wirkliche Leben hinein, ſo gelangt man in der That zu dem Reſultat, daß das Nullitätsſyſtem, in Rückſicht erzwungener wie in Rückſicht betrüglicher Geſchäfte, eine höchſt unpraktiſche Theorie ſey. Die Thatſachen, welche in concreto den Zwang oder Betrug enthalten ſollen, laſſen ſich wohl erweiſen; immer aber wird es mehr oder minder vom richterlichen Ermeſſen abhängen, in dieſen Thatſachen wirklich einen Betrug oder einen ernſtlichen Zwang zu erkennen oder nicht. Um das Nullitätsſyſtem durchzuführen, müßte es eine ſicher erkennbare Grenze des Zwanges und Betruges geben. Die Fälle aber, in welchen es ſchwer iſt, zu ſagen, in wie ferne Scherz und Spielerei, oder allgemeine Anpreiſungen, oder Selbſttäuſchung des Verletzten, oder wirkliche Argliſt, einen Schaden herbeigeführt haben, ſind viel häufiger als die, in welchen der dolus über allen Zweifel erhoben iſt. Mag man daher doloſe Geſchäfte als nichtig darſtellen, oder mag

177) cap. 6. X. eod.

man eine richterliche Reſciſſion derſelben für nöthig halten, im Ganzen genommen, läuft dies auf Eines hinaus, indem auch im erſten Fall der Richter in der Regel, obſchon nicht rechtlich, doch factiſch, es in ſeiner Gewalt hat, das angeblich doloſe Geſchäft beſtehen zu laſſen. Man wende nicht ein, daß ja auch bei der aus andern Gründen eintretenden Nichtigkeit eines Actes, wenn Streit darüber entſteht, der Richter entſcheiden muß. Der weſentliche Unterſchied liegt in dem Gegenſtande der richterlichen Beurtheilung. Sonſt iſt die Nichtigkeit ſtets von ganz einfachen Fragen abhängig, hier dagegen ſoll dieſelbe von Umſtänden ausgehen, die nicht nur unendlich mannigfaltig ſeyn können (denn wie verſchieden kann nicht der dolus ſich äußern?), ſondern die ſich gewöhnlich auch in ſehr verſchiedenem Lichte auffaſſen laſſen, da äußerlich eine und dieſelbe Handlung durch ihre Gründe und Zwecke bald zu etwas völlig Unſchuldigem, bald zur boshafteſten Argliſt geſtempelt werden kann. Wir haben daher hier wieder, glaube ich, Gelegenheit, den praktiſchen Tact der Römer zu bewundern, welcher ſie gleich auf ſolche Grundſätze über den dolus in rechtlichen Geſchäften geführt hat, die der Natur der Sache entſprechen, und auf die man, ſelbſt bei einer abweichenden Theorie, am Ende doch zurückkommen muß.

Jetzt endlich iſt der Boden hinlänglich für die Frage geebnet, in wie ferne die eigentliche Prätoriſche in in-

tegrum restitutio auch wegen Zwangs und Betrugs ertheilt werden könne, bei deren Beantwortung es erlaubt ſeyn wird, uns um ſo kürzer zu faſſen, je weiter wir die Unterſuchungen in der geſchichtlichen Einleitung haben ausdehnen müſſen.

§. 19.

B. In integrum restitutio propter metum.

Gundling [1]) und Biener [2]) erklären jeden für einen Leguleius, der es wage, mit dem Sfortia Odbus [3]) die actiones de dolo und quod metus causa von der eigentlichen Wiedereinſetzung in den vorigen Stand zu unterſcheiden, und eine von jenen Klagen getrennte in integrum restitutio propter metum vel dolum anzunehmen. Richtig verſtanden liegt ihrer Anſicht etwas Wahres zu Grunde. Denn in allen im vorigen § erörterten Edicten über Zwang und Betrug, und andere ſind nicht bekannt, haben wir nichts von der in integrum restitutio im engeren und eigentlichen Sinn gefunden. Nur darf man darum nicht gleich ſchließen, daß, weil im Prätoriſchen Edict ſelbſt nichts von einer ſolchen in integrum restitutio propter metum vel dolum geſtanden, dieſe überhaupt den Römern unbekannt geweſen ſey. Was nament-

1) N. H. Gundling, Diss. de efficientia metus c. 6.

2) Biener l. c. cap. 6.

3) l. c. P. I. qu. 1. art. 16.

lich den Zwang betrifft, ſo läßt ſich auf das Stringenteſte beweiſen, daß dieſer gewohnheitsrechtlich zu einem ſelbſtſtändigen Reſtitutionsgrunde bei den Römern erhoben worden ſey, wobei wir noch gar nicht den Fall berückſichtigen, in welchem Zwang Jemanden an der rechtzeitigen Wahrnahme eines Rechts gehindert hat, und daher die Reſtitution ex clausula generali begründet [4]). Bevor wir jedoch zu jenem Beweiſe ſchreiten, ſey es erlaubt, anzudeuten, welches Intereſſe eine von den in der geſchichtlichen Einleitung entwickelten Rechtsmitteln verſchiedene in integrum restitutio propter metum bei den Römern haben konnte, und im Weſentlichen noch jetzt haben kann.

Daß die exceptio und replicatio doli vel metus einem Gezwungenen nicht genügte, leuchtet von ſelbſt ein, da die exceptio, nur ſolange nichts geleiſtet worden, und die replicatio bloß bei verlornen Klagrechten anwendbar war. Allein auch neben der actio doli und metus, und den Contractsklagen auf Reſciſſion bei den negotiis bonae fidei, konnte die Prätoriſche Reſtitution Vortheile gewähren. Ein Hauptvortheil lag zunächſt in dem ſchnelleren Verfahren. Ich muß in dieſer Hinſicht freilich hier auf Grundſätze Bezug nehmen, die erſt in der Folge ausgeführt werden können. Wir werden aber §. 24. ſehen, daß die Prätoriſche Reſtitution nur ein ganz ſummariſches, von der

4) M. ſ. oben §. 12. Note 98.

läſtigen in ius vocatio befreites Verfahren, die extraordinaria cognitio magistratus oder cognitio praetoria, erforderte, während die actiones de dolo und quod metus causa, ſo wie die Contractsklagen im ordentlichen Proceß verhandelt werden mußten. Schon dieſe ſchnellere und leichtere Rechtshülfe mußte es wichtig für die Gezwungenen machen, wenn ſie um in integrum restitutio anhalten durften. Ja, ich glaube ſogar behaupten zu dürfen, daß letztere in ſpäterer Zeit die Contractsklagen auf Reſciſſion doloſer negotia bonae fidei aus dem Gebrauch verdrängt habe. Man vergleiche nur die Stellen der Pandecten und des Coder, welche §. 18. Note 97 angeführt worden ſind. In jenen heißt es ausdrücklich, man könne die Contractsklage auf Umſtoßung des Geſchäftes anſtellen; in dieſen dagegen wird zwar auch geſagt, daß man auf Entkräftung des doloſen negotium bonae fidei antragen könne, allein in Ausdrücken, die in der That viel beſſer auf die Erbittung der Prätoriſchen Reſtitution, als auf die Erhebung eigentlicher Klagen paſſen. Es wird ſogar in einigen dieſer Coderſtellen geradezu ausgeſprochen, daß man die in integrum restitutio zu ſuchen habe, und wenn andere ſagen, es bedürfe hier nicht des *principale* remedium restitutionis, ſo hat dies nur den Sinn, daß man dieſe Reſtitution nicht beim princeps ſelbſt, als etwas bloß durch ſpecielles Privilegium zu Erlangendes, zu ſuchen brauche.

Deshalb müſſen wir annehmen, daß man unter den ſpäteren Kaiſern, bei Zwang und Betrug, anſtatt ſich der verſchiedenen Reſtitutionsklagen zu bedienen, lieber die in integrum restitutio zu erbitten pflegte. Die Kaiſer mochten mit der Ertheilung dieſer in integrum restitutio den Anfang gemacht haben. Darauf laſſen die faſt unzähligen Reſcripte auf Geſuche um Aufhebung von Verträgen ſchließen. Indeſſen verweiſen mehrere dieſer Reſcripte auch die Supplicanten an die ordentlichen Magiſtrate, und zeigen dadurch, daß man die restitutio propter metum et dolum doch nicht als einen bloßen Ausfluß Kaiſerlicher Machtvollkommenheit betrachtete, womit ja auch die eben erwähnte Aeußerung, daß es in negotiis bonae fidei nicht des principale remedium restitutionis bedürfe, aufs Beſte übereinſtimmt.

Ein anderer Nutzen, den eine ſolche Reſtitution wenigſtens dann gewähren konnte, wenn den Umſtänden nach keine Contractsklage, ſondern nur die actio de dolo oder quod metus causa zu gebrauchen war, lag darin, daß dieſe Klagen als actiones arbitrariae dem Beklagten die Wahl ließen, ob er reſtituiren, oder lieber Schadenserſatz leiſten wollte, wenn er auch zu Erſterem im Stande war, bei der in integrum restitutio dagegen Entſchädigung in Geld nur da an die Stelle der factiſchen Herſtellung des früheren Zuſtandes

trat, wo dieſe ſich nicht mehr bewerkſtelligen ließ. In ſofern es alſo dem Verletzten gerade um factiſche Wiedereinſetzung in den vorigen Stand zu thun war, und nicht bloß um Vergütung des Schadens, ſo führte ihn die Prätoriſche Reſtitution ſicherer zum Ziel, als die Anſtellung der genannten Klagen.

Dies waren Vortheile der in integrum restitutio, welche auch dann eintraten, wenn man ſich mit einer Reſtitutionsklage hätte helfen können, wobei ich daran erinnern will, daß die ſubſidiaire Natur der in integrum restitutio nicht mit der hier angenommenen Concurrenz derſelben mit Reſtitutionsklagen im Widerſpruch ſteht, indem §. 9. gezeigt worden iſt, daß die Möglichkeit bloßer Reſtitutionsklagen jenes Rechtsmittel nicht ausſchließt, obgleich dieſes ſonſt wegfällt, wo man ipso iure munitus iſt. Es konnten außerdem aber auch Fälle vorkommen, in welchen der Gebrauch der Reſtitutionsklagen durchaus nutzlos geweſen wäre, wie z. B. bei erzwungener Antretung einer ſehr verſchuldeten Erbſchaft. Von einer Contractsklage auf Reſciſſion konnte da nicht die Rede ſeyn. Die actio quod metus causa konnte nun freilich angeſtellt werden, aber ward dabei auch dem Beklagten die Reſtitution auferlegt, ſo war dieſe Etwas, deſſen Bewerkſtelligung hier gar nicht in ſeiner Gewalt ſtand, weil er nicht die Creditoren zur Aufgebung ihrer Anſprüche gegen den Erben nöthigen konnte. Konnte oder wollte

aber der Beklagte nicht die Liberirung des Erben bewirken, und war er auch außer Stande Schadenserſatz zu leiſten, was ſich bei dem großen Schaden, den eine inſolvente Erbſchaft zufügen kann, ſehr leicht denken läßt, dann half dem Kläger ſeine actio quod metus causa zu nichts. Selbſt daß dieſe Klage zu den actionibus in rem scriptis gehörte, war in dem angegebenen Fall von keinem Nutzen für den Gezwungenen. Denn gegen wen als den Zwingenden ſelbſt hätte er hier klagen ſollen? Durch die in integrum restitutio dagegen, welche immer gerade gegen diejenigen ertheilt ward, denen man durch die Erbſchaftsantretung obligirt worden war, alſo gegen Creditoren und Legatare [5]), konnte ohne alle Schwierigkeit gründlich geholfen werden, indem dadurch derſelbe Erfolg hervorgebracht ward, wie durch Abſtinenz eines suus heres. Eben ſo wenn bei erzwungenem nachtheiligen Verkauf einer Sache der Käufer zwar die Sache noch beſaß, aber inſolvent geworden war, alſo die Regel Anwendung litt:

„Is nullam videtur actionem habere, cui propter inopiam adversarii inanis est actio [6]).“

Mochte man hier die actio venditi auf Reſciſſion oder die actio quod metus causa gebrauchen wollen, ſo kam man mit dieſen perſönlichen Klagen unter die Concursgläubiger, und erhielt vielleicht nichts, wäh-

5) l. 29. §. 2. D. de minor. (4, 4), Nov. 119. c. 6.

6) l. 6. D. de dolo (4, 3).

rend vermöge der in integrum restitutio gegen alle Betheiligte der Debitor wie deſſen Creditoren wieder in das Eigenthum eingeſetzt werden konnte, und dann dieſes gegen Erſtattung des empfangenen Preiſes aus den bonis proscriptis als Vindicant herausziehen durfte.

Es würde ein Leichtes ſeyn, noch andere ähnliche Beiſpiele hinzuzufügen. Doch werden hoffentlich die obigen hinreichen, Empfänglichkeit für die zu beweiſende in integrum restitutio propter metum zu erregen, und ich gehe daher zu den Beweiſen über, welche hier der einfachſten Art ſind, eine Anzahl ausdrücklicher Zeugniſſe. Zu dieſen Zeugniſſen dürfen wir freilich nicht unbedingt alle Stellen rechnen, worin von in integrum restituere in Beziehung auf erzwungene Geſchäfte die Rede iſt, weil dabei zuweilen auch nur an die Reſtitutionsklagen gedacht iſt [7]). Es bleiben jedoch auch Stellen genug übrig, die ſich ohne Gewalt nicht anders als durch die Annahme einer eigentlichen in integrum restitutio propter metum erklären laſſen.

7) Z. B. in l. 9. §. 3 u. 7. D. quod met. causa (4, 2). Was den §. 3 dieſer Stelle betrifft, ſo wäre es indeſſen wohl möglich, daß der Juriſt ſagen will, es gebe drei Wege, um ſich wider eine erzwungene Schuldverſchreibung zu helfen, die in integrum restitutio, wie auch ein Kaiſerliches Reſcript anerkenne, die actio quod metus causa und die exceptio metus. Sonſt müßte man faſt glauben, daß der Prätor, von dem der Juriſt ſpricht, jenes Kaiſerliche Reſcript mißverſtanden habe.

I. „Paulus *libro XI ad Edictum.* Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamvis si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui, sed per Praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi facultas tribuatur [8])."

„Papinianus *libro XXX Quaestionum.* Si metu coactus adeat aliquis hereditatem, fiet ut, quia invitus heres existat, detur abstinendi facultas [9])."

Scheinbar widerſpricht dieſen Fragmenten ein drittes, worin man gewöhnlich ausgeſprochen findet, daß die erzwungene Erbſchaftsantretung nichtig ſey.

„Ulpianus *libro VI ad Sabinum.* Celsus libro quinto decimo Digestorum scripsit: eum qui metu verberum vel alio timore coactus *fallens* adierit hereditatem, sive liber sit, heredem non fieri placet, sive servus sit, dominum heredem non facere [10])."

Hier macht indeſſen das Wörtchen „fallens" in der letzteren Stelle die Vereinigung leicht. Celſus hat offenbar nur an eine des Zwanges wegen ſimulirte Erbſchaftsantretung gedacht, an eine Antretung, die ein Gezwungener zum Schein vornimmt, während er ſich zugleich durch eingelegten Proteſt wider die Folgen derſelben ſichert [11]). Eine ſolche Antretung iſt nach

8) l. 21. §. 5. D. eod.

9) l. 85. D. de adq. hered. (29, 2).

10) l. 6. §. 7. D. eod.

11) Daß ein ſolcher Proteſt die Wirkung des Zwanges pa-

den bekannten Grundſätzen von der Simulation allerdings unverbindlich und wirkungslos; aber dies entſcheidet auch nichts über die, wiewohl ungern, doch ernſtlich gemeinte Antretung, von welcher Paulus und Papinian ſprechen, und die ſie für rechtsbeſtändig, obſchon der Prätoriſchen Reſtitution unterworfen, erklären, wobei unter der vom Prätor zu ertheilenden Reſtitution, nicht die actio quod metus causa, ſondern nur die in integrum restitutio im engern Sinn verſtanden ſeyn kann, weil dieſelbe mit dem beneficium abstinendi verglichen wird. Die in integrum restitutio hat wirklich im praktiſchen Erfolg die größte Aehnlichkeit mit dem beneficium abstinendi und wird daher auch mehrmals damit zuſammengeſtellt [12]), wogegen die actio quod metus causa doch ſehr weſentlich von dem Wiederabgeben der väterlichen Erbſchaft durch die sui heredes abweicht. Ueberdies ſagt ja Paulus geradezu: „a Praetore restituendus sum." Bei der actio quod metus causa war es aber nicht der Prätor, ſondern der iudex, welcher durch ſein arbitrium de restituendo dem Beklagten die Herſtellung des früheren Zuſtandes aufgab.

ralvſire, alſo die Reſtitution unnöthig mache, darüber ſ. m. l. 2. C. de his qui per met. iud. non appell. (7, 67).

12) §. 5 u. 6. I. de her. qual. (2, 19), l. 55. l. 61. D. de adquir. hered. (29, 2), l. 30. §. 10 u. 11. D. de fideic. libert. (40, 5), l. 1. §. 10. l. 2. §. 10. D. ad SCt. Tertull. (38, 17), l. 6. §. 3. D. de bon lib. (38, 1).

II. „Paulus *libro XI ad Edictum.* Si coactus hereditatem repudiem, duplici via Praetor mihi succurrit, aut utiles actiones quasi heredi dando, aut actionem quod metus causa praestando, ut quam viam ego elegerim, haec mihi pateat [13]).“

Dieſe Stelle iſt ganz beſonders entſcheidend. Es iſt ein techniſcher Sprachgebrauch im Römiſchen Recht, alle durch Wiedereinſetzung in den vorigen Stand wiedererlangten Klagen actiones utiles zu nennen [14]), und indem alſo hier geſagt wird, daß dem zur Ausſchlagung einer Erbſchaft Gezwungenen nicht bloß auf dem Wege der actio quod metus causa, ſondern auch durch Gewährung von actiones utiles geholfen werden könne, ſo hat dies nothwendig den Sinn, daß ihm auch durch in integrum restitutio das Recht beigelegt werden dürfe, ſich utiliter der hereditatis petitio gegen den jetzigen Beſitzer der Erbſchaft, ſo wie der dem Erblaſſer zuſtändigen Klagen zu bedienen. Dadurch werden wir nun zugleich auf die richtige Würdigung folgender Stellen hingeleitet:

III. „Ulpianus *libro XI ad Edictum....* Ex qua constitutione colligitur, ut sive perfecta, sive imperfecta res sit, et actio et exceptio (sc. metus) detur. Volenti autem datur et in rem

13) l. 21. §. 6. D. quod met. causa (4, 2).

14) M. ſ. unten.

actio, et in personam, rescissa acceptilatione vel alia liberatione ... Licet tamen in rem actionem dandam existimemus, quia res est in bonis eius, qui vim passus est, verum non sine ratione dicetur, si in quadruplum quis egerit, finiri in rem actionem vel contra [15])."

„*Imperator Gordianus A. Caio.* Si vi vel metu fundum avus tuus distrahere coactus est, etiamsi maxime emptor eum alii vendidit: si tamen tu avo tuo heres extitisti, ut tibi reddito a te pretio restituatur, *postquam placuit in rem quoque dari actionem secundum formam perpetui Edicti*, adito Praeside provinciae poteris postulare, si modo qui secundo loco comparavit, longae possessionis praescriptione non est munitus [16])."

Von Ulpian erfahren wir hier, daß anſtatt der actio und exceptio metus dem Gezwungenen auch actiones in rem und in personam zugeſtanden werden können, was wieder nur heißen kann, daß die Klagen, welche man ohne das erzwungene Geſchäft haben würde, als actiones utiles oder rescissoriae, wie ſie auch genannt werden, durch Reſtitution wiedergegeben werden dürfen, und aus der Stelle von Gordian erſehen wir zugleich aus dem daſelbſt gebrauchten „pla-

15) l. 9. §. 3, 4, 6. D. eod.
16) l. 3. C. de his quae vi (2, 20).

Digitized by Google

cuit", daß dieſe Reſtitution auf interpretatio prudentum oder Praxis beruhe, was übrigens auch ſchon aus dem Ulpianiſchen Fragment hervorgeht, wenn man dieſes im Zuſammenhange lieſt. So wie das Edict wegen Abweſenheit und Minderjährigkeit verlorne Klagen herzuſtellen geſtattete, ſo geſtattete dies ſpäter auch die Römiſche Praxis wegen Zwangs; das iſt der Sinn der Worte Gordians: „postquam placuit in rem quoque dari actionem *secundum formam perpetui Edicti.*" Bei dem Einfall, den Einige gehabt haben, unſere Stellen bloß von der doppelten Anwendung der actio quod metus causa, theils gegen den Zwingenden ſelbſt, theils als actio in rem scripta gegen Dritte, zu verſtehen, brauchen wir wohl nicht zu verweilen. Ulpian ſtellt zu deutlich die actio quod metus causa, das iudicium in quadruplum als ein nur electiv mit den ebenfalls zu bewilligenden actiones in rem oder in personam concurrirendes Rechtsmittel dar, als daß hier bloß an eine verſchiedene Anwendung jener Klage gedacht werden könnte. Er hat namentlich den Fall im Auge, wenn Jemand auf ein dingliches Recht oder eine Forderung verzichtet hat, wo derſelbe nun zwar die actio quod metus causa ſoll gebrauchen, aber auch in integrum restitutio erhalten, und dann wieder die vindicatio servitutis s. pignoris (actio confessoria und hypothecaria) oder die actio in personam aus der aufgegebenen Forde-

rung anſtellen können, als wenn das frühere Recht nur beſtritten und verletzt, nicht aber ſtreng juriſtiſch aufgehoben geweſen wäre. Daß dies ſeine Meinung ſey, liegt zu klar zu Tage, um der weiteren Ausführung zu bedürfen. Dagegen verdient noch eine Parallelſtelle kurz berührt zu werden.

„Paulus *S. R. I,* 7. §. 4. Integri restitutio aut in rem competit aut in personam. In rem actio competit, ut res ipsa de qua agitur revocetur. In personam, aut quadrupli poena intra annum, vel simpli post annum peti potest."

Bei aller Verſchrobenheit dieſer corrumpirten, und vielleicht ſogar unechten Stelle [17]), worin die actio in personam, von der Ulpian ſpricht, ganz unrichtig bloß auf die actio quod metus causa bezogen wird, zeigt ſie doch auch das alternative Concurriren einer durch in integrum restitutio wiederzugebenden actio in rem mit der actio quod metus causa, beſtätigt alſo, was Ulpian und Gordian klarer und beſtimmter ausgeſprochen haben.

IV. „*Imperator Alexander A. Maronae.* Si pater tuus per vim coactus domum vendidit, ratum non habebitur, quod non bona fide gestum est; malae fidei enim emptio irrita est. *Aditus itaque nomine tuo Praeses provinciae auctoritatem suam interponet:* maxime cum para-

17) M. ſ. darüber oben §. 3. Note 5.

tum te proponas id, quod pretii nomine illatum est, emptori refundere [18]."

Iſolirt würde dieſe Stelle zwar nichts hier beweiſen, weil ſie die Art der darin verheißenen Hülfe nicht genau genug bezeichnet. Sie könnte auch von der Anſtellung der Contractsklage auf Reſciſſion verſtanden werden. Allein mit dem, was bisher vorgekommen iſt, zuſammengehalten, läßt die gebrauchte Redensart: „Praeses provinciae auctoritatem suam interponet" wenigſtens vermuthen, daß der Kaiſer die Implorantin nicht an die Jurisdiction, ſondern an das die Reſtitutionsbefugniß enthaltende imperium des Statthalters [19]) verwieſen habe. Gajus bedient ſich derſelben Wendung bei den Interdicten, und zwar in Rückſicht des beſondern Befehls, welchen der Magiſtrat vi imperii hier erließ [20]), und Paulus bezeichnet ſogar die in integrum restitutio geradezu durch: „Praetor se interponit [21])." Außerdem deutet auch das Ende der Stelle mehr auf eine aus Gnade und Barmherzigkeit zu bewilligende Hülfe, als auf Schützung eines vollkommnen Rechts hin; denn wenn Jemand ein eigentliches Recht in Anſpruch nimmt, pflegt man es doch

18) l. 1. C. de resc. vend. (4, 44).

19) M. ſ. oben §. 3. Nr. 5.

20) Gaius IV. §. 138 u. 139. „Superest ut de interdictis dispiciamus. Certis igitur ex causis Praetor aut Proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis praeponit."

21) l. 24. §. 1. D. de minor. (4, 4).

nicht zu einem Motiv für die Gewährung des Schutzes zu erheben, daß auch er zu erfüllen bereit iſt, was ihm zu leiſten obliegen wird.

V. „Gaius *libro VI ad edictum provinciale.* Illud nullam habet dubitationem, quin minor si non debitum solverit, ex ea causa, ex qua iure civili non est danda, sit ei utilis actio ad repetendum, quum et maioribus viginti quinque annis iustis ex causis dari soleat repetitio [22].“ Die Fälle, in welchen die condictio indebiti auch bei wirklicher Nichtſchuld wegfällt, ſind bekanntlich, wenn man eine vermeintliche Schuld, bei welcher lis infitiando crescit in duplum, erfüllt [23], oder irrigerweiſe eine Selbſtſtrafe erlegt [24], oder aus Rechtsirrthum ein ungültiges Vermächtniß bezahlt [25] hat. Was uns aber hier intereſſirt, iſt, daß nicht bloß Minderjährigen, in Anſehung deren dies auch ſonſt noch bezeugt wird [26], ſondern auch Volljährigen aus gerechten Gründen eine actio utilis bewilligt, d. h. Reſtitution gegen den Verluſt der condictio indebiti ertheilt werden ſoll. Fragen wir nämlich, welche dieſe gerechten

22) l. 25. pr. D. eod.

23) §. 7. I. de obl. quae quasi ex contr. (3, 27), l. 4. C. de cond. indeb. (4, 5).

24) l. 22. D. eod. (12, 16), l. 74. D. de solut. (46, 3), l. 46. D. de R. I.

25) §. 25. I. de legat. (2, 20), l. 9. §. 5. D. de iur. et facti ign. (22, 6), l. 2. C. de fideicomm. (6, 42), l. 9. C. ad leg. Falcid. (6, 50) u. arg. a contr. l. 7. C. de cond. ind. (4, 5).

26) l. 2. C. si advers. solut. (2, 33).

Gründe ſeyn können, ſo laſſen ſich keine anderen denken, als Zwang und Betrug. Denn Abweſenheit und capitis diminutio ſind der Natur der Sache nach hier als Reſtitutionsgründe ausgeſchloſſen, und der Irrthum kann begreiflicherweiſe auch keinen Reſtitutionsgrund in den Fällen abgeben, wo dieſes Fundament der condictio indebiti gerade ſpeciell verworfen iſt.

VI. Endlich müſſen wir auch noch die Stellen berückſichtigen, in welchen die iustae causae restitutionis aufgezählt werden [27]). Da dieſelben ausdrücklich auch den Zwang als Reſtitutionsgrund nennen und zugleich eine vollſtändige Angabe dieſer Gründe bezwecken, ſo kann hier beim Zwange nicht an die actio quod metus causa gedacht ſeyn, weil ſonſt auch die alienatio iudicii mutandi causa, die alienatio in fraudem creditorum vel patroni, und noch manches Andere, wovon oben in der Einleitung die Rede geweſen iſt, hätte aufgezählt werden müſſen. Es können in jenen Stellen nur die Gründe der eigentlichen in integrum restitutio gemeint ſeyn, und daraus folgt wieder, daß es wirklich eine beſondere in integrum restitutio propter metum gebe, wenn uns dafür noch ein ſolcher indirecter Beweis Noth thäte.

In Rückſicht der Eigenſchaften des Zwanges, der

27) l. 1 u. 2. D. de in integr. rest. (4, 1), Paul. S. R. I, 7. §. 2.

die Reſtitution begründen ſoll, kann es wohl kein Bedenken leiden, daß hier dieſelben Grundſätze gelten müſſen, welche in Beziehung auf die actio und exceptio metus aufgeſtellt ſind, und welche bereits Voet [28]) u. A. umſtändlich erörtert haben. Es muß alſo der Zwang ein ſolcher ſeyn, qui cadit in virum constantem [29]); ferner kein gerechter Zwang [30]); auch muß man nicht bloß gezwungen ſeyn, ein Recht wieder aufzugeben, welches man ſelbſt erſt erzwungen hatte [31]); wogegen nichts darauf ankommt, wer den Zwang ausgeübt hat, ob der, welcher den Vortheil davon gezogen, oder ein Dritter, eine phyſiſche oder eine juriſtiſche Perſon, ein freier Menſch oder ein Sklave [32]), ſo wie, ob gerade dem Gezwungenen ſelbſt oder anderen ihm theuren Perſonen Uebel angethan oder angedroht worden ſind, um dadurch den Willen von Jenem zu beſtimmen [33]). Gleichfalls ver-

28) Comm. ad Pand. lib. IV. tit. 2.

29) l. 2-8. l. 21. pr. D. quod met. causa (4, 2), l. 3. D. ex quib. caus. mai. (4, 6), l. 13. C. de transact. (2, 4), l. 6, 8, 9, 10. C. de his quae vi (2, 20), l. 1. C. de his qui per met. iud. non appellar. (7, 67), c. 4 u. 6. X. quod met. causa (1, 40).

30) l. 3. §. 1. D. quod met. causa (4, 2), l. 4. l. 13. §. 4. D. ad SCt. Trebell. (36, 1).

31) l. 12. §. 1. D. quod met. causa (4, 2).

32) l. 9. §. 1 u. 8. l. 10. l. 14. §. 3 u. 5. D. eod., l. 9. pr. l. 17. pr. D. qui et a quib. man. (49, 9), l. 4. §. 33. D. de doli exc. (44, 4), l. 5. C. de his quae vi (2, 20).

33) l. 8. §. 3. D. quod met. causa (4, 2).

ſteht ſich endlich auch von ſelbſt, daß der Zwang bewieſen werden muß [34]).

§. 20.

C. In integrum restitutio propter dolum.

Was im vorigen §. über die Entſtehung der in integrum restitutio propter metum geſagt worden iſt, das glaube ich analog auch auf die Reſtitution wegen Betrugs anwenden zu dürfen. Sie iſt gleichfalls das Erzeugniß einer durch Kaiſerliche Reſcripte veranlaßten und geleiteten Praxis. Auch mußten die Gründe, welche die Römer zur Annahme einer restitutio propter metum hinführten, beim Betruge noch in einem verſtärkten Grade wirken, weil die actio de dolo nicht, gleich der actio quod metus causa eine actio in rem scripta iſt, folglich keine Hülfe gewährt, ſobald vom Betrüger ſelbſt nichts zu erlangen iſt, mag auch ein Dritter, z. B. als Beſitzer der Sache, die man betrogen veräußert hat, die restituendi facultas haben; wogegen die Prätoriſche Reſtitution im Nothfall auch wider den unſchuldigen dritten Beſitzer ertheilt werden kann [1]). Indeſſen kann nicht in Abrede geſtellt werden, daß wir nicht ſo zahlreiche Beweiſe in den Quellen für die restitutio propter dolum, als für die re-

34) l. 13 C. de transact. (2, 4), l. 9. C. de his quae vi (2, 20).

1) M. ſ. unten §. 22. Note 68.

stitutio propter metum finden, daher auch Mehrere, welche letztere anerkennen, doch jene verwerfen zu müſſen glauben [2]. Aber abgeſehen von den inneren Gründen, welche dieſem Zweifel entgegenſtehen, kann Paulus es doch nicht aus der Luft gegriffen haben, wenn er den dolus unter den iustis causis restitutionis im engern Sinn aufführt [3]; und ſchon darum alſo läßt ſich die Zuläſſigkeit einer restitutio propter dolum nicht leichthin ableugnen. Ueberdies ſind wir hier auch keineswegs von äußeren Zeugniſſen ganz entblößt.

„Marcellus *libro III Digestorum*. Nec inter has solum species consistit huius generis auxilium; etenim et deceptis sine culpa sua, *maxime si fraus ab adversario intervenerit*, succurri oportebit, quum etiam de dolo actio competere soleat, et boni praetoris est, potius restituere litem, ut et ratio et aequitas postulabit, quam actionem famosam constituere, ad quam tunc demum descendendum est, quum remedio locus esse non potest [4].“

Freilich glaube ich ſelbſt, daß der hier ausgeſprochene Grundſatz: man ſolle lieber in den vorigen Stand einſetzen, als die infamirende actio de dolo zulaſſen,

2) Z. B. Wening-Ingenheim Lehrb. des Civilr. §. 558 u. 559.

3) l. 1 u. 2. D. de in integr. rest. (4, 1).

4) l. 7. §. 1. D. eod. M. ſ. auch l. 1. §. 6. D. de dolo (4, 3).

ſich zunächſt für Fälle gebildet habe, in welchen auch die Reſtitution wegen Minderjährigkeit oder Abweſenheit begründet iſt. Ja, es ſcheint mir ſogar nicht zweifelhaft, daß *Marcellus* in der angeführten Stelle den Fall meine, wo Jemand durch Betrug des Gegners an der zeitigen Geltendmachung eines Rechts gehindert worden iſt, alſo Anſpruch auf die restitutio maiorum hat. Das hier weggelaſſene principium der Stelle führt auf dieſen Zuſammenhang. Allein jener Grundſatz mußte es doch den Römern ſehr nahe legen, den dolus überhaupt zu einem ſelbſtſtändigen Reſtitutionsgrund zu erheben, indem dadurch die actio de dolo häufig ganz vermieden werden konnte [5]). Wirklich ſtoßen wir nun auch auf dieſen Reſtitutionsgrund in Anwendungen, in denen die Subſumtion deſſelben unter das Fundament der restitutio maiorum, *ein entſchuldbares Hinderniß an der zeitigen Wahrnahme und Geltendmachung eines Rechts*, als durchaus unſtatthaft erſcheint.

I. „*Callistratus* *libro V Cognitionum*. Divus Hadrianus aditus per libellum a Iulio Ta-

5) Völlig überflüſſig ward die actio de dolo dadurch nicht, da die in integrum restitutio nur bei rechtlichen Geſchäften anwendbar iſt, die actio de dolo auch bei anderen Schadenszufügungen, §. 18. Note 77. Auch giebt es ja rechtliche Geſchäfte, welche die in integrum rest. ausſchließen, aber nicht die actio de dolo, wie Freilaſſungen, und Geſchäfte, bei welchen die Reſtitution zu große Schwierigkeit haben würde, §. 10. Nr. III u. XII.

rentino, indicante eo, falsis testimoniis, conspiratione adversariorum testibus pecunia corruptis, religionem iudicis circumventam esse, in integrum causam restituendam in haec verba rescripsit: *Exemplum libelli dati mihi a Iulio Tarentino mitti tibi iussi; tu si tibi probaverit, conspiratione adversariorum, et testibus pecunia corruptis oppressum se, et rem severe vindica, et si quae a iudice tam malo exemplo circumscripto iudicata sunt, in integrum restitue* [6]."

Hadrian hätte allerdings, um dem Bittſteller zu helfen, noch einen anderen Weg einſchlagen, und denſelben anweiſen können, von Neuem zu klagen, und der exceptio rei iudicatae des Beklagten die replicatio doli entgegenzuſetzen [7]. Dabei wäre aber die Entſcheidung über den dolus dem iudex anheimgefallen, und es hätte geklagt werden müſſen, bevor unterſucht worden wäre, ob wirklich eine Argliſt vorliege, mithin vielleicht vergeblich. Deshalb vermuthlich mag Hadrian es vorgezogen haben, dem Magiſtrat ſelber aufzutragen, zuvörderſt den behaupteten dolus zu prüfen, und erſt nach deſſen Conſtatirung, unter Umſtoßung des früheren Erkenntniſſes, die Klage abermals zuzulaſſen, rescissa sententia dare iudicium, wie die tech-

6) l. 33. D. de re iud. (42, 1).

7) l. 25. D. de dolo (4, 3).

niſche Bezeichnung dafür iſt [8]). Nun könnte man zwar verſucht ſeyn, dies eine der Zweckmäßigkeit huldigende Willkühr zu nennen, aus welcher ſich keine Folgerungen ziehen ließen. Allein dieſe Bedenklichkeit wird durch den Umſtand gehoben, daß bereits Proculus in einem Gutachten ſich für die Möglichkeit der Reſtitution wider ein auf doloſe Angaben gebautes Urtheil entſchieden hatte, wie wir aus folgender Stelle erſehen:

II. „Iulianus *libro IV ad Urseium Ferocem.* Qui ex parte dimidia heres erat, quum absentem coheredem suum defendere vellet, ut satisdationis onus evitare posset, respondit, se solum heredem esse, et condemnatus est. Quaerebat actor, quum ipse solvendo non esset, an rescisso superiore iudicio, in eum, qui re vera heres erat, actio dari deberet? Proculus respondit: rescisso iudicio posse agi. Idque verum est [9]).“

Auf die restitutio maiorum läßt ſich die hier erwähnte Reſtitution ſchwerlich zurückführen, während wir zu der einfachſten Erklärung gelangen, ſobald man den dolus als ſelbſtſtändigen Reſtitutionsgrund anerkennt; denn daß das Benehmen des befragten Erben, ſo wie es von Julian referirt wird, einen Betrug enthalte, dies wird ohne Zweifel Niemand beſtreiten. Was übri-

8) M. ſ. unten §. 24. Note 32.

9) l. 18. D. de interrog. in iure faciendis (11, 1).

gens das Bedürfniß der Reſtitution in dem in dieſer Stelle angegebenen Fall betrifft, ſo beruht dies auf der bekannten Regel, daß wer ſich als den rechten Beklagten belangen läßt, ohne es zu ſeyn, dadurch die Schuld übernimmt und den eigentlichen Debitor liberirt, ſo daß auch der Gläubiger ipso iure keine Klage gegen Letzteren mehr hat [10]).

III. Für weit entſcheidender als die beiden citirten Pandectenfragmente, halte ich aber die vielen Reſcripte über die Umſtoßung der doloſen negotia bonae fidei, welche ſchon in anderer Verbindung zuſammengeſtellt worden ſind [11]), und von denen ich daher nur eines wieder, als Repräſentanten aller übrigen herausheben will:

„*Diocletianus et Maximianus A. A. Severo.* Dolus emptoris qualitate facti, non quantitate pretii aestimatur. Quem si fuerit intercessisse probatum, non adversus eum, in quem emptor dominium transtulit, rei vindicatio venditori, sed contra illum cum quo contraxerat, in integrum restitutio competit [12]).“

Es iſt möglich, daß dies Reſcript und die anderen ähnlichen Conſtitutionen ſich auf die Anwendung der actio-

10) l. 23. D. de solut. (46, 3), l. 11. §. 1. D. de novat. (46, 2), l. 8. §. 3. D. de fideiuss. (46, 1), l. 6, 8, 18. pr. D. de comp. (16, 2), l. 50, §. 2. D. de pecul. (15, 1), l. 60. D. de cond. indeb. (12, 6).

11) M. ſ. oben §. 18. Note 97.

12) l. 10. C. de rescind. vend. (4, 44).

nes bonae fidei zum Zweck der Reſciſſion argliſtiger Geſchäfte beziehen. Iſt es aber in den beiden vorhergehenden §§, wie ich glaube, gelungen, zu zeigen, wie der Gang der Entwicklung der Grundſätze über den dolus die Römer in ſpäteren Zeiten darauf hinleiten mußte, das einfache ſummariſche Verfahren, welches mit der Prätoriſchen Reſtitution verknüpft war, an die Stelle der actiones bonae fidei treten zu laſſen, wo es auf Umſtoßung eines doloſen negotium bonae fidei ankam, dann läßt es ſich wohl nicht bezweifeln, daß das obige Reſcript ein Ausfluß der ſpäteren im Römiſchen Recht angenommenen Theorie ſey. Denn geht auch in integrum restituere nicht gerade immer auf die Prätoriſche Reſtitution, ſo bleibt doch eine abweichende Anwendung Ausnahme von der Regel, und zwar eine ziemlich ſeltene Ausnahme, ſo daß die Vermuthung wenigſtens ſtets für die eigentliche Bedeutung ſtreitet, wo dieſe, wie hier, den Umſtänden nach möglich iſt. Es müßte daher erſt bewieſen werden, daß Diocletian bei der dem betrogenen Verkäufer zugeſprochenen in integrum restitutio nicht an das gewöhnlich unter dieſem Ausdruck verſtandene Rechtsmittel gedacht habe, ein Beweis, der in das Reich der Unmöglichkeiten gehören dürfte, auf jeden Fall abgewartet werden kann.

§. 21.

ε. Reſtitution wegen Irrthums [1].

Daß auch Irrthum ein Reſtitutionsgrund seyn könne, darüber iſt man allgemein einverſtanden, und jeder Zweifel müßte auch in dieſer Beziehung verſtummen, weil nicht nur Paulus dieſen Reſtitutionsgrund neben den anderen nennt [2], ſondern weil wir ſogar eine Stelle des Prätoriſchen Edicts beſitzen, worin ausdrücklich Reſtitution wegen Irrthums verheißen wird:

„Ait Praetor: SI ID ACTOR IGNORAVIT, DABO IN INTEGRUM RESTITUTIONEM. Scienti non subvenit, merito, quoniam ipse se decepit [3].“

Es betrifft dieſes Edict, unbekannten Alters und Urſprungs, Rechtsgeſchäfte eines Unmündigen, welche unter Auctorität eines ſogenannten falsus tutor vorgenommen worden ſind. Diejenigen, mit welchen dieſe Geſchäfte abgeſchloſſen worden, ſollen, wenn ſie den angeblichen Vormund für befugt hielten, auf den

1) Dig. XXII, 6; XXVII, 6; Cod. I, 18. — Ger. Noodtii Comm. ad Pand. lib. XXVII. tit. 6; I. Fr. Cortebrandt Spec. de errore, iusta in integrum restitutionis causa. L. B. 1747. 4. Ger. Berckhout Diss. de eo quod iustum est circa restit. ex capite iusti erroris. L. B. 1750. 4.

2) l. 2. D. de in integr. rest. (4, 1).

3) l. 1. §. 6. D. quod falso tut. auct. (26, 7).

Grund dieſes Irrthums Wiedereinſetzung in den vorigen Stand gegen das Geſchehene erhalten können, was analog auch auf den Fall angewandt wird, wenn zwar ein wirklicher Vormund bei dem Geſchäfte fungirte, der aber wegen Wahnſinns, oder aus anderen Gründen zur auctoritatis interpositio unfähig war [4]). Dabei ſchadet ſelbſt eine erhaltene Warnung nicht, ſo ferne man wirklich in gutem Glauben die Befugniß oder Fähigkeit deſſen annahm, der als Vormund auftrat [5]). Außerdem ſind noch folgende nähere Grundſätze über dieſe Reſtitution aufgeſtellt. Auch wenn der unbefugten Vormünder mehrere waren, findet die Reſtitution Statt [6]), nicht aber, wenn neben dem unbefugten auch ein wirklicher und fähiger Vormund das Geſchäft vornahm und bekräftigte [7]), oder wenn die Obervormundſchaft hinterher das Geſchäft beſtätigt hat [8]). Letzteres iſt aber nicht auch auf den Fall zu beziehen, wenn man von der Obrigkeit genöthigt worden iſt, ſich mit dem falsus tutor einzulaſſen. Hier kann man vielmehr Reſtitution erhalten, obgleich man den Mangel in Rückſicht des angeblichen Vormundes kannte [9]). Eben ſo können Minderjährige ſtets, ungeachtet ihrer Bekanntſchaft mit dieſem Mangel, Reſti-

4) l. 1. §. 1 u. 2. D. eod. Pauli S. R. I, 7. §. 2, m. vergl. l. 17. D. de min. (4, 4).

5) l. 2. D. eod.

6) l. 1. §. 4. D. eod.

7) l. 1. §. 3. D. eod.

8) l. 1. §. 5. D. eod.

9) l. 5. D. eod.

tution bekommen [10]). Unmündige bedürfen natürlich der Reſtitution gar nicht, wenn ſie ſich allein mit dem falsus tutor eingelaſſen haben [11]); wohl hingegen, wenn es auctoritate tutoris geſchehen iſt; doch ſteht es ihnen dann nicht ein Mal im Wege, daß ihr Vormund um die fehlende Legitimation des auf der andern Seite fungirenden vorgeblichen Vormundes gewußt, ſelbſt nicht, wenn ihr Vormund alle Gefahr zu übernehmen verſprochen hat [12]).

Nach der herrſchenden Meinung ſoll nun aber die Reſtitution wegen Irrthums auf den hier erörterten Fall beſchränkt ſeyn. Man kann indeſſen dies nur in ſofern zugeben, daß im Prätoriſchen Edict ſelbſt bloß in dieſer ſpeciellen Beziehung der Irrthum namentlich als Reſtitutionsgrund aufgeſtellt worden iſt. Allein in dem Bisherigen ſind ſchon Beweiſe genug dafür vorgekommen, daß die Römiſche Praxis und die Römiſchen Kaiſer gerade in der Lehre von der Reſtitution vielfach über die Beſtimmungen des Edicts hinausgegangen ſind, und ſo finden wir es auch hier. In allen Lehrbüchern des Civilrechts ſteht ein Satz, der, obgleich unzählige Mal wiederholt, doch, wenigſtens nach einer Seite hin, ſelten recht gewürdigt worden iſt, der Satz nämlich, daß man ſich auf factiſchen Irrthum immer, auf Rechtsirrthum zum wenigſten dann beru-

10) l. 4. D. eod.

11) l. 3. D. eod.

12) l. 6. D. eod.

ſen dürfe, wenn nicht von Nachholung eines verſäumten Vortheils und Gewinns, ſondern von Abwendung eines poſitiven Schadens die Rede ſey [13]), vorausgeſetzt, daß der Irrthum überhaupt entſchuldigt werden könne [14]). Dieſe ausgedehnte Zulaſſung der Berufung auf Irrthum hat zwar in vielen Beziehungen den Sinn, daß der Irrende ein wirkliches, nicht vom richterlichen Ermeſſen abhängiges Recht haben ſoll, theils verſäumte Handlungen noch vorzunehmen, theils Verträge und andere rechtliche Geſchäfte als nichtig zu behandeln [15]). Aber dadurch ſind bei weitem nicht alle Anwendungen erſchöpft, in welchen man ſich, den obigen Regeln zufolge, auf Irrthum berufen kann. Es bleiben noch manche Fälle übrig, in denen Berufung auf Irrthum Statt findet, ohne daß das Geſchehene des Irrthums wegen als nichtig angeſehen würde, und doch muß jene Berufung auch hier einen Sinn haben. Dieſer iſt nun kein anderer, und kann kein anderer ſeyn, als daß man des Irrthums wegen in den vorigen Stand eingeſetzt werden darf. Haben wir ja doch ſchon den Irrthum bei Unterlaſſungen als einen unter die clausula generalis fallenden Reſtitutionsgrund kennen

13) l. 1. §. 1-4. l. 4. l. 7. l. 8. l. 9. pr. D. de iur. et facti ignor. (22, 6). l. 2. §. 5. D. quis ordo in b. p. serv. (38, 15), l. 15. C. de rescind. vend. (4, 44).

14) l. 3. §. 1. l. 5. l. 6. l. 9. §. 2 u. 3. D. eod., l. 55. D. de aedil. ed. (21, 1), l. 10. D. de bon. poss. (37, 1),

15) l. 1. §. 1. l. 9. §. 1. D. de iur. et facti ign. (22, 6), l. 10. D. de b. p. (37, 1). l. 57. D. de O. et A. (44, 7).

gelernt [16]), wohin auch aus dem älteren Recht der Fall gehören mag, wenn ein Beklagter verſäumt hatte, gleich bei der Litiscontestation gegen eine auf zu viel lautende condemnatio in der formula actionis Einwendungen zu machen, wo er zwar an ſich gebunden war, aber wegen Irrthums Reſtitution wider die ihm nachtheilige Faſſung der condemnatio erhalten konnte [17]). Es beweiſt dieſe Subſumtion des Irrthums unter die clausula generalis hier immer ſo viel, daß die Römer den Irrenden nicht allgemein als ipso iure munitus anſahen, und es kann daher ſchon um ſo weniger befremden, wenn auch in andern nicht unter die clausula generalis fallenden Beziehungen der Irrthum als Reſtitutionsgrund anerkannt worden iſt, wofür wir jetzt die Beweiſe ſammeln wollen.

I. Die Folge einer pluris petitio in der Intentio actionis nach älterem Römiſchen Recht, nämlich Verluſt des ganzen Anſpruchs, fiel keineswegs darum weg, weil etwa der Kläger geirrt hatte. Indeſſen ward zur Kaiſerzeit dem Kläger im Fall eines ſehr entſchuldbaren Irrthums Reſtitution ertheilt [18]), womit vielleicht Kaiſer Claudius den Anfang gemacht hatte [19]). Noodt [20]) geräth durch dieſen antiquirten Reſtitutionsfall in einige Verlegenheit, weil er denſelben für den

16) M. ſ. oben §. 12. Note 102 f.

17) Gaius IV. §. 57.

18) §. 33. I. de act. (4. 6); Theoph. IV, 6. §. 33; Gaius IV. §. 53.

19) Sueton. in Claudio c. 14.

20) Commentar. ad Pand. lib. IV. tit. 1. §. 1.

einzigen hält, in welchem, abgeſehen von den Geſchäften mit einem falsus tutor, der Irrthum als iusta restitutionis causa behandelt werde, und doch zu richtigen Blick hat, um dieſen Fall mit der clausula generalis in Verbindung bringen zu mögen. Er überläßt es in dieſer Lage Anderen, zu beſtimmen, wohin die Reſtitution wider die Folgen der pluris petitio zu zählen ſey. In der That iſt es zu verwundern, wie einem Gelehrten, wie Noodt, ein anderer verwandter und noch jetzt möglicher Reſtitutionsfall hat entgehen können, der auch, und nicht weniger deutlich als jener, in den Inſtitutionen vorgetragen wird, ich meine die Reſtitution gegen die Antretung einer inſolventen Erbſchaft.

II. Hadrian ſoll zuerſt aus Kaiſerlicher Machtvollkommenheit einige Mal volljährigen Erben, wegen hinterher entdeckter Schulden der Erbſchaft, Wiedereinſetzung in den vorigen Stand gewährt haben. Gordian verhieß dieſe Reſtitution allgemein den Soldaten, und Juſtinian hat ſie endlich Allen eröffnet, vorausgeſetzt, daß die entdeckten Schulden beträchtlich ſind, was hier zu einer weſentlichen Bedingung gemacht iſt [21]). Hier haben wir alſo wieder eine Reſtitution wegen Irrthums nicht gegen eine Unterlaſſung, ſondern gegen eine Handlung, wobei zugleich die Ge-

21) §. 5 u. 6. I. de hered. qual. et diff. (2, 19); Gaius II. §. 163.

ſchichte dieſes Reſtitutionsfalls beweiſt, daß die Römiſchen Kaiſer weit entfernt geweſen ſind, denſelben als eine Anwendung der clausula generalis zu betrachten, weil er ſonſt ſich von ſelbſt verſtanden haben würde. Aber auch damit iſt noch nicht die Zahl der vorkommenden Fälle geſchloſſen, die hierher gehören.

III. Haben Erbſchaftsgläubiger im Concurſe des Erben irrigerweiſe das eigene Vermögen des Letzteren für noch mehr verſchuldet gehalten als die Erbſchaft, und deshalb Separation impetrirt, ſo iſt zwar die Separation um des Irrthums willen nicht ipso iure hinfällig, wohl aber kann dieſelbe unter dieſen Umſtänden durch Reſtitution aufgehoben werden [22].

IV. Wer aus Irrthum im Proceß von ſeinem zur Cautionsleiſtung verbundenen Gegner einen unfähigen Bürgen angenommen hat, iſt darum nicht befugt, geradezu beſſere Sicherheitsleiſtung zu begehren. Reſtitution kann er jedoch auf den Grund ſeines Irrthums allerdings erhalten [23].

V. Daſſelbe finden wir, wenn Jemand auf eine an ihn gerichtete interrogatio in iure, vermöge eines entſchuldbaren Irrthums, eine ihm nachtheilige Antwort ertheilt hat. Seine Erklärung bindet ihn nichtsdeſtoweniger, allein ſein Irrthum läßt Reſtitution zu [24].

22) l. 1. §. 17. D. de separat. (42, 6).

23) l. 8. §. 2. D. qui satisd. cog. (2, 8).

24) l. 11. §. 8. D. de interrog. in iure fac. (11, 1).

VI. Der Erbe, dem als indignus die Erbſchaft entriſſen wird, bekommt ſeine ein Mal durch die eingetretene Confuſion erloſchenen Forderungen gegen den Erblaſſer nicht wieder [25]). So ferne er indeſſen nur aus Irrthum gefehlt hat, darf ihm Reſtitution gegen den Verluſt ſeiner Forderungen bewilligt werden. Nur muß im Fall des Rechtsirrthums die eingebüßte Forderung nicht auf reiner Liberalität beruhen, nach der Regel: „Error iuris non prodest lucrum captantibus," es müßte denn etwa der Erbe zu den Perſonen gehören, welchen in einem weiteren Umfange als anderen der Rechtsirrthum verziehen wird [26]).

Ob es noch andere Beiſpiele der Reſtitution wider die Nachtheile der aus Irrthum vorgenommenen Handlungen in unſeren weitſchichtigen Quellen gebe, vermag ich nicht zu beſtimmen. Gefunden habe ich keine, obgleich ich viel darnach herumgeſucht; doch wer möchte in irgend einer Beziehung behaupten, ſein Corpus Iuris völlig ausgenutzt zu haben? Auf einige Beiſpiele mehr oder weniger kann es hier aber auch nicht ankommen, ſoferne die vorhandenen ſich nur als wirkliche Anwendungen des Princips darſtellen, welches wir daraus ableiten und darauf bauen wollen, und darüber kann man wohl nicht füglich getheilter Meinung ſeyn.

25) l. 8. D. de his quae ut indign. (34, 9), l. 29. §. 1 u. 2. D. de iure fisci (49, 14).

26) l. 21. §. 1. D. de SCto Silan. (29, 5), l. 17. D. de his quae ut indign. (34, 9).

Nur darüber ließe ſich allenfalls ſtreiten, ob die Römer ſelbſt die Reſtitution wegen Irrthums gegen Handlungen, gleich der gegen Unterlaſſungen, als einen Ausfluß der clausula generalis betrachtet haben, wie man gewöhnlich annimmt, oder nicht? was freilich für die Reſtitution wegen Irrthums gleichgültig, hingegen für die richtige Auffaſſung und Anwendung der clausula generalis deſto wichtiger iſt, keineswegs aber darüber, ob, wo Irrthum eine Handlung nicht unmittelbar nichtig macht, derſelbe doch nicht wenigſtens einen Reſtitutionsgrund abgeben könne? In Rückſicht jener Frage glaube ich mich indeſſen hier einer neuen Erörterung überheben zu können, da wir oben geſehen haben, daß alle erweislichen Anwendungen der clausula generalis, deren Zahl doch ſehr groß iſt, ohne Ausnahme nur die unterbliebene Geltendmachung und Wahrnahme von Rechten betreffen, ſo daß ſich darin eine mit Bewußtſeyn beobachtete und feſtgehaltene Grenze nicht verkennen läßt. Auch iſt zu beachten, daß in den Stellen, welche von der Reſtitution wegen Irrthums gegen Unterlaſſungen handeln, wiederholt ſehr beſtimmte Hinweiſungen auf die clausula generalis vorkommen [27]; wogegen diejenigen, welche von dieſer Reſtitution in Beziehung auf Handlungen ſprechen [28], keine Spur davon enthalten, daß

27) Z. B. in l. 1. §. 5. D. de edendo (2, 13), l. 15. §. 5. quod vi aut clam (43, 24).

28) M. ſ. die Stellen in Note 18-26.

dabei an jene Clauſel auch nur entfernt gedacht ſey. Und was hätte auch den Prätor bewegen ſollen, ein beſonderes Edict über die Geſchäfte mit einem falsus tutor aufzuſtellen und darin Reſtitution wider dieſe Geſchäfte zu verheißen, wenn die Möglichkeit einer ſolchen Reſtitution bereits durch die unzweifelhaft früher vorhandene clausula generalis [29]) gegeben geweſen wäre?

§. 22.
V. Von den Partheien und deren Stellvertretern.

Wir haben bisher die inneren Bedingungen der Reſtitution kennen gelernt, und wenden uns jetzt zu einer Reihe von Lehren, die mehr proceſſualiſcher Natur ſind. Die Aufgabe, mit der wir uns nun in dieſem §. zu beſchäftigen haben, betrifft die Fragen: **Wer kann Reſtitution ſuchen, und gegen wen kann ſie geſucht werden, und in wie ferne ſind dabei Vertreter der ſelbſt betheiligten Perſonen zuläſſig?**

I. Die Beantwortung der letzten Frage, als der leichteſten, mag hier voranſtehen [1]).

29) M. vergl. die Geſchichte der restitutio maiorum im §. 12. zu Anfang.

1) M. ſ. über dieſen Gegenſtand: Oddus P. I. qu. 31. art. 4 f.

1. Dem Reſtitution Suchenden iſt es immer erlaubt, ſeine Sache durch einen Bevollmächtigten zu führen [2]), nur muß dieſer ein ſpecielles Mandat dazu haben, indem eine generelle Vollmacht irgend einer Art zur Anbringung eines Reſtitutionsgeſuchs nicht hinreicht [3]). Doch wird im Fall des Zweifels über die Exiſtenz oder Gültigkeit einer Specialvollmacht der angebliche Procurator gegen cautio de rato zugelaſſen [4]), und die Praxis geſtattet außerdem noch dem procurator ad lites, ſo ferne in dem von ihm geführten Proceß eine Reſtitution nöthig wird, dieſe auch ohne einen beſonderen Auftrag zu erbitten [5]). Während aber dieſe Praxis ſich wohl vertheidigen läßt, weil ein procurator ad lites doch als zu allen Handlungen befugt gilt, welche bloß auf Erhaltung der Rechte ſeines Mandanten, und auf endlichen Sieg in dem ihm übertragenen Proceſſe abzwecken, muß dagegen die Meinung derer entſchieden verworfen werden, welche auch dem procurator omnium bonorum cum libera administratione die Befugniß zur Nachſuchung der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand ohne Specialvoll-

2) l. un. C. etiam per procur. (2, 49), l. 1. C. si tut. vel cur. (2, 25), l. 20. pr. D. de minor. (4, 4), c. 5. X. de in integr. rest. (1, 41).

3) l. 25. §. 1. D. de minor. (4, 4).

4) l. 26. D. eod., l. 3. pr., D. rem rat. hab. (46, 8). Beim Ehemann als präſumtiven Anwalt ſeiner Frau, l. 21. C. de procur. (2, 13), muß dieſe Caution wegfallen.

5) Oddus l. c. art. 13; Mevii Decis. P. V. decis. 96.

macht zugeſtehen wollen [6]. Dies verſtößt gegen die ausdrückliche Vorſchrift des Canoniſchen Rechts, daß, wo die Geſetze ein ſpecielles Mandat verlangen, wie ja hier der Fall iſt, auch ein procurator cum libera ohne ein ſolches zu handeln nicht berechtigt ſeyn ſoll, wenn nicht etwa in dem Generalmandat einzelne Geſchäfte, die ſonſt einen beſondern Auftrag erfordern, beſtimmt ausgenommen ſind, und dadurch ſtillſchweigends die Vollmacht auf die andern mit erſtreckt worden iſt [7]. Doch möchte ich wieder eine Ausnahme zulaſſen, wenn der procurator bonorum einen Proceß geführt und darin etwas verſehen hat. Denn hier finden die Grundſätze der Praxis in Rückſicht des procurator ad lites analoge Anwendung; aber freilich nicht bloß beim procurator cum libera, ſondern eben ſo gut beim procurator sine libera administratione.

Steht der zur Reſtitution Berechtigte unter Vormundſchaft, ſo kann auch ſein Vormund Reſtitution für ihn ſuchen [8], und ſteht er in väterlicher Gewalt, auch ſein Vater, ſelbſt wider ſeinen Willen [9]. Andere

6) Dies iſt z. B. die Anſicht von Voet Comm. ad Pand. IV, 1. §. 9. u. Hoffacker Pr. iur. §. 811.

7) c. 4 u. 5. de procurator. in VI. (1, 19). Das c. 6. X. de in integr. rest. (1, 41) widerſpricht nicht, indem hier ein beſonderes Mandat vorausgeſetzt werden muß.

8) l. 29. pr. D. de minor. (4, 4), l. 35. §. 1. D. de aur. et arg. leg. (34, 2), l. 2. C. si saep. in integr. rest. post. (2, 44).

9) l. 27. pr. D. de minor. (4, 4), c. 4. X. de in integr. rest. (1, 41).

Verwandte ſind dazu zwar im Allgemeinen nicht berechtigt; ausnahmsweiſe jedoch dann, wenn ſie darthun können, daß der Verletzte ein ſchlechter Haushälter ſey, der für einen Verſchwender erklärt zu werden verdiene [10]).

Ob auch ein curator bonorum Reſtitution zu Gunſten des ihm anvertrauten Vermögens ſuchen dürfe, iſt eine Frage, die von den Wenigen, welche dieſelbe berühren, unbedenklich bejaht wird, weil der curator bonorum doch auch zur Zahl der Vormünder gehöre [11]). Nach dem Römiſchen Grundſatz aber, daß ein curator bonorum keine Adminiſtration in dem Sinn wie der curator prodigi u. ſ. w., ſondern mehr nur eine custodia bonorum habe [12]), ſcheint mir die Frage verneint werden zu müſſen. Dagegen kann dem heutigen Contradictor im Concurſe allerdings nicht das Recht, Reſtitution zu erbitten, abgeſprochen werden, weil er einem curator ad lites zu vergleichen iſt.

In wie fern endlich Syndici und andere Vorſteher juriſtiſcher Perſonen ohne beſonderen Auftrag Reſtitution für die von ihnen vertretenen juriſtiſchen Perſonen zu ſuchen befugt ſind, kann, bei den unendlich mannigfaltigen Modificationen ihrer Stellung, gar nicht allgemein beſtimmt, ſondern nur aus ihrer Inſtruction beurtheilt werden. Sind ſie aber ermächtigt, Klagen für

10) l. 27. pr. D. cit.

11) Odofredus, Tract. de cur. bon. dando Nr. 81 u. 95; Oddus l. c. art. 6.

12) l. 48. D. de admin. et peric. tut. (26, 7).

die Gemeinheit oder Anſtalt ohne ein ſpecielles Mandat zu erheben, dann muß ihnen im Zweifel auch die Befugniß der Reſtitutionserbittung zugeſtanden werden, auf den Grund, daß Vorſteher juriſtiſcher Perſonen im Ganzen wie Vormünder zu betrachten ſind [13]), und davon geht auch das Canoniſche Recht aus [14]). Auf bloße Actoren einer Gemeinheit iſt dies indeſſen nicht auszudehnen, da dieſe nur als Procuratoren gelten [15]), alſo auch nach den Grundſätzen für Letztere behandelt werden müſſen.

2. Auf der anderen Seite kann auch der, gegen den Reſtitution verlangt wird, einen Procurator für dieſe Sache ernennen [16]), der aber dann ſingulairer Weiſe, beides de rato und iudicatum solvi caviren muß [17]). Letzteres iſt um ſo auffallender, da der Stellvertreter hier nicht einmal immer einer Vollmacht bedarf. Denn da derjenige, gegen welchen man Reſtitution ſucht, in dem Verhältniß eines Beklagten ſteht, die Vertheidigung eines abweſenden Beklagten aber Jedermann ohne Auftrag übernehmen darf [18]), ſo können auch im Reſtitutionsproceß, gleich wie in anderen Proceſſen, De=

13) Oddus l. c. art. 4, 7, 8.

14) c. 11. X. de reb. eccles. alien. (3, 13).

15) l. 3. §. 6. D. quod cuiusque univers. nom. (3, 4).

16) l. un. C. etiam per procur. (2, 49).

17) l. 39. §. 6. D. de procurat. (3, 3).

18) l. 1. §. 3. D. quod cuiusque univ. nom. (3, 4), l. 23. D. de solut. (46, 3), l. 18. C. de procur. (2, 13).

ſenſoren auftreten, nur muß der Defenſor natürlich auch die eben erwähnten Cautionen leiſten [19]), wovon ſelbſt der Ehemann, als präſumtiver Anwalt ſeiner Frau, nicht befreit werden kann, weil dieſe Cautionen ja auch dem unzweifelhaften Procurator obliegen. Unter Umſtänden kann ſogar Jemand genöthigt werden, hier die Defenſion zu übernehmen. Wer nämlich als Defenſor einen Proceß für einen Beklagten geführt und geſiegt hat, muß, wenn der Kläger gegen das Urtheil reſtituirt, alſo der Proceß erneuert wird, auf Verlangen des Klägers, im iudicium restitutorium wieder den Beklagten vertreten [20]), und daher unſtreitig auch in der vorhergehenden Verhandlung über die Reſtitution ſelbſt. Deſto weniger kann es einigen Zweifel leiden, daß, wenn incidenter in einem Proceß um Wiedereinſetzung in den vorigen Stand gebeten wird, der Anwalt des Gegners in dieſem Incidentſtreit wie in der Hauptſache für ſeine Parthei zu fungiren berechtigt und verpflichtet ſey. Daß bei Reſtitutionsgeſuchen gegen Bevormundete und gegen juriſtiſche Perſonen deren Vormünder und Vorſteher ganz nach den allgemeinen Regeln die Sache ihrer Schutzbefohlnen zu führen haben, bedarf keines Beweiſes. Es gelten hier überhaupt die Grundſätze über die Vertheidigung der Beklagten, da

19) l. 26. §. 1. D. de minor. (4, 4), l. 53. D. de procurator. (3, 3).

20) l. 46. §. 3. D. de procurat. (3, 3).

keine beſonderen Beſtimmungen in dieſer Beziehung vorkommen.

II. Schwieriger iſt die Beantwortung der Frage, wer in eigenem Namen und zu eigenem Beſten Reſtitution ſuchen könne? Den Quellen zufolge iſt dazu berechtigt:

1. Der unmittelbar Verletzte ſelbſt, vorausgeſetzt, daß er ſelbſtſtändig vor Gericht auftreten kann, widrigenfalls er freilich durch ſeine Vorgeſetzten vertreten werden muß, wonach ſich auch entſcheiden läßt, in wie ferne ein Minderjähriger allein ohne vormundſchaftlichen oder väterlichen Conſens, Reſtitution erbitten darf, wenn nämlich nicht die Volljährigkeit abgewartet wird. Nach älterem Recht war Curatoriſcher Conſens hier ohne Zweifel nicht nöthig [21]), was jedoch nicht auch von Pupillen zu verſtehen iſt, ſo wie von Weibern, ſo lange dieſe lebenslänglich unter Tutel ſtanden [22]), da die auctoritas tutoris ſtets zu rechtlichen Geſchäften erforderlich war. Aber nach neuerem Recht muß auch der Curatoriſche Conſens für weſentlich erklärt werden, weil die Erbittung der Reſtitution als Erhebung eines Proceſſes gilt, und Minderjährige jetzt dazu

21) l. 25. §. 1. D. de minor. (4, 4).

22) Dies ſteht nicht damit in Widerſpruch, daß oben die restitutio minorum für jünger erklärt worden iſt, als die Aufhebung der legitima tutela über Weiber; denn die viel ältere restitutio propter absentiam konnte ja auch von Minderjährigen geſucht werden.

immer der Genehmigung eines Vormundes bedürfen[23]). In Rückſicht der filiifamilias kommt der Grundſatz in Betracht, daß ſie überhaupt nur ausnahmsweiſe ſelbſt Klagen anſtellen können[24]). Hält man ſich daran, ſo müßte ſelbſt einem majorennen filiusfamilias nicht das Recht eingeräumt werden, unabhängig von ſeinem Vater Reſtitution zu ſuchen, ausgenommen zum Beſten der caſtrenſiſchen Peculien; und um ſo weniger alſo einem noch minderjährigen filiusfamilias. Vermuthlich ward es anfangs auch wirklich ſo gehalten; wenigſtens würde ſich daraus am einfachſten erklären laſſen, woher es kommt, daß der Vater ſogar wider Willen ſeines Sohnes dieſen in den vorigen Stand einſetzen laſſen darf[25]). Denn dies ſcheint aus der Anſicht hervorgegangen zu ſeyn, daß es dem Vater ganz anheimgeſtellt werden müſſe, ob für ſeinen Sohn Reſtitution erbeten werden ſolle oder nicht. Seitdem man aber den filiisfamilias allgemein Reſtitution gewährte, wenn wirklich ihr eigenes Intereſſe verletzt war[26]), ſelbſt gegen Handlungen ihres Vaters, die dieſer für ſie vorgenommen hatte[27]),

23) §. 2. I. de curat. (1, 23), l. 1. §. 3 u. 4. D. de adm. tut. (26, 7), l. 12. C. eod. (5, 37), l. 2. C. qui legit. pers. (3, 6).

24) l. 9. D. de O. et A. (44, 7), l. 5. §. 6. l. 17. §. 10. f., l. 11. §. 8. D. de iniur. (47, 10), l. 13. §. 1. l. 19. D. quod vi aut clam. (43, 24), l. 46. D. de hered. inst. (28, 5), l. 19. D. depos. (16, 3).

25) l. 27. pr. D. de minor. (4, 4).

26) M. ſ. §. 14. a. E.

27) M. ſ. §. 14. Note 5 u. 6.

ja ſogar in einigen Fällen gegen den Vater ſelbſt [28]), war es unmöglich, noch den väterlichen Conſens als eine nothwendige Bedingung der Reſtitutionsgeſuche der Kinder zu behandeln. Dieſer väterliche Conſens wird daher auch nirgends gefordert, nur liegt es in der Natur der Sache, daß die Kinder, wo ſie wider den Willen ihres Vaters Reſtitution ſuchen wollen, doch ſchon mündig geworden ſeyn [29]), auch, wenn ſie nicht zugleich ſchon majorenn ſind, ſich einen curator ad lites für den Reſtitutionsproceß beſtellen laſſen müſſen [30]), wovon auch Juſtinian unverkennbar ausgeht [31]).

2. Der Erbe des Verletzten [32]), mit der beſonderen, von Diocletian herrührenden Ausnahme, daß

28) M. ſ. §. 10. Note 11 u. 12.

29) Scheinbar widerſpricht l. 29. pr. D. de minor. (4, 4). „Etiam si patre, eodemque tutore auctore, pupillus captus probari possit, curatorem postea ei datum, nomine ipsius in integrum restitutionem postulare non prohiberi." Die Stelle iſt aber, meiner Meinung nach, von einem bereits mündig gewordenen, und daher unter Curatel ſtehenden Minderjährigen zu verſtehen, und der Ausdruck pupillus auf die Zeit der Läſion zu beziehen. Wahrſcheinlich iſt überdies an einen emancipirten Sohn gedacht, weil derſelbe pupillus, und ſein Vater tutor genannt wird.

30) Zufolge den Stellen in Note 23.

31) In l. 8. §. 6. C. de bon. quae lib. (6, 61).

32) l. 6. D. de in integr. rest. (4, 1), l. 18. §. 5. l. 19. l. 24. §. 2. D. de minor. (4, 4), l. 35. §. 6. D. ex quib. caus. mai. (4, 6), l. 95. §. 3. D. de solut. (46, 3), l. un. C. si adv. dot. (2, 34), l. 1. C. de rest. mil. (2, 51), l. 2. l. 4. l. 5. C. de temp. in integr. rest. (2, 53), Nov. 100. c. 2.

ein Soldat als Erbe ſeines Vaters nicht die von dieſem vorgenommenen Geſchäfte ſoll anfechten dürfen, wenn nicht der Vater ſelbſt ſeine Unzufriedenheit mit dem Geſchehenen zu erkennen gegeben hat, was aus der den Soldaten vor allen obliegenden Pflicht des Gehorſams abgeleitet wird [33]). Es verſteht ſich übrigens von ſelbſt, daß der Erbe nur alsdann Anſpruch auf Reſtitution hat, wenn auch dem Verletzten ſelbſt, ſo ferne er noch lebte, dieſer Anſpruch zuſtehen würde. Die Reſtitution muß daher nicht ſchon verjährt ſeyn [34]); der Verletzte muß nicht darauf verzichtet haben [35]), und es muß kein Fall vorliegen, in welchem poſitiv die Reſtitution unterſagt iſt. In der letzteren Beziehung kann es auch keinen Unterſchied machen, ob der Grund des Verbots ein allgemeiner iſt, oder nur in Rückſicht des Verletzten ſelbſt, nicht auch des Erben obwaltet, wie wenn Jemand durch ſeinen Abſcendenten verletzt worden iſt, während ſein Erbe nicht im Verhältniß der Deſcendenz zum Schuldigen ſteht. Man könnte freilich glauben, daß ein ſolches perſönliches Hinderniß nur eine exceptio in personam gegen das Reſtitutionsgeſuch des Verletzten begründen könne, beim Erben aber ganz wegfallen müſſe; auch beweiſt

33) l. 7. C. de restit. mil. (2, 51).

34) l. un. C. si adv. dotem (2, 34).

35) Lauterbach, Coll. Pand. IV, 1. §. 6; Wernher, Obs. for. T. II. P. VII. obs. 239. Nr. 4.

die Bemerkung von Odbus [36]), daß der Erbe kein Recht vom Erblaſſer erlangen könne, welches dieſer nicht ſelbſt gehabt habe, zu viel, da ein Erbe allerdings wieder zu klagen befugt ſeyn kann, wo dem Erblaſſer eine exceptio in personam entgegenſtand. Allein für die Reſtitution ſtellt das Römiſche Recht den Grundſatz auf, daß man gegen die Erben noch ſparſamer mit der Bewilligung dieſer außerordentlichen Hülfe ſeyn ſoll, als wenn der unmittelbar Verletzte um Wiedereinſetzung in den vorigen Stand bittet [37]); und in dem wichtigſten hierher gehörigen Fall, wenn nämlich nur der Verletzte die Pflicht der Ehrfurcht gegen den Urheber der Läſion hat, nicht auch ſein Erbe, kommt noch hinzu, daß den Abſcendenten und Patronen auf dem Wege eines Reſtitutionsgeſuchs gar nicht der Vorwurf einer Beeinträchtigung ihres Deſcendenten oder Freigelaſſenen gemacht werden darf [38]), ein Grund, der ſeiner Natur nach auch den Succeſſoren des Lädirten im Wege ſtehen muß.

Indeſſen iſt auch wieder nicht außer Acht zu laſſen, daß Erben nicht immer als ſolche Reſtitution zu ſuchen haben, wo dann natürlich auf die Hinderniſſe, welche bloß für ihren Erblaſſer Statt finden würden, nichts ankommen kann. Ein Fall dieſer Art iſt z. B.,

36) l. c. Pars I. qu. 50. art. 5.

37) l. 24. §. 2. D. de minor. (4, 4): ... „multoque parcius ex hac causa heredem restituendum esse."

38) l. 2. C. qui et adv. quos (2, 42).

wenn der Tod Jemanden übereilt und dadurch an der rechtzeitigen Geltendmachung ſeines Rechts verhindert hat. Dies kann für die Erben ein Reſtitutionsgrund wider das Verſäumniß werden, aber dieſe Reſtitution ſteht ihnen proprio, nicht hereditario nomine zu, weil in Rückſicht des Erblaſſers ſelbſt die Reſtitution noch gar nicht begründet war [39]). Eben ſo würde es ſeyn, wenn Erben Reſtitution gegen einen in Betreff der hereditas iacens eingetretenen Schaden erbäten; denn auch hier würde ihr Anſpruch nicht vom Erblaſſer herrühren. Geſetzt alſo, ein Abſcendent des Erblaſſers hätte Sachen aus der hereditas iacens uſucapirt; ſein Verhältniß zum Erblaſſer könnte hier keinen Grund abgeben, den Erben nicht, etwa wegen Abweſenheit, Reſtitution gegen die Uſucapion zu bewilligen. Durch Paulus könnte man aber zu der Meinung verleitet werden, daß der minderjährige Erbe eines minderjährigen Verletzten überhaupt nicht als bloßer Succeſſor in die Reſtitutionsbefugniß angeſehen werde, indem er ſagt:

„Si minor minori heres existat, heres ex sua persona, non ex defuncti in integrum restitui potest [40]).

Dies bezieht ſich jedoch nur auf den bekannten Satz, daß bei Minderjährigen der Lauf der Verjährung der

39) l. 86. pr. D. de adq. hered. (29, 2), l. 3. §. 30–32. l. 4. D. de SCt. Silan. (29, 5), l. 12. D. de Carbon. edicto (37, 10), l. 1. C. de rest. mil. (2, 51).

40) Pauli S. R. I, 9. §. 4.

Reſtitution während der Minderjährigkeit ruht, auch wenn ſie den Anſpruch auf Reſtitution geerbt haben, und daß daher im letzteren Fall, wenn der Erblaſſer ſelbſt noch minderjährig, alſo noch gar nichts von der Reſtitutionszeit verfloſſen war, dem Erben die volle Verjährungszeit wegen der ererbten, wie wegen der eigenen Läſionen, erſt von der Majorennität an läuft [41]).

3. Jeder ſonſtige Univerſalſucceſſor des Verletzten [42]) unter denſelben Bedingungen wie der Erbe. Ob die Succeſſion unter Lebenden, oder von Todeswegen eintritt, iſt einerlei; auch gehört der Fall hierher, wenn die Erbſchaft des Lädirten vermöge eines Univerſalfideicommiſſes an einen Anderen abgegeben wird. Der Anſpruch des Verletzten auf Reſtitution geht alsdann mit der Erbſchaft vom Erben auf den Fideicommiſſar über [43]), was aber nicht auch auf die Reſtitution anzuwenden iſt, welche der Erbe gegen die Antretung der Erbſchaft erhalten könnte. Denn der Univerſalfideicommiſſar iſt nicht zugleich Univerſalſuc-

41) l. 19. D. de minor. (4, 4), l. 5. C. de tempor. in integr. rest. (2, 53); Schulting ad Paulum l. c.

42) l. 6. D. de in integr. rest. (4, 1), l. 3. §. 9. D. de min. (4, 4), l. 4. §. 6. l. 5. D. de alien. iud. mut. causa (4, 7), l. 19. §. 5. D. de aedilit. ed. (21, 1), l. 128. §. 1. D. de R. I. (50, 17).

43) l. 6. D. de in integr. rest. (4, 1). Wenn das Fideicommiß, wie gewöhnlich, nur einen Bruch der Erbſchaft betrifft, haben Fideicommiſſar und Erbe natürlich wie Miterben gemeinſchaftlich Anſpruch auf Reſtitution.

ceſſor des Erben, erhält nur, was dieſer durch die Erbſchaft bekommen hat, nicht deſſen eigene Rechte, und es kann folglich dem Fideicommiſſar, der eine verſchuldete Erbſchaft angenommen hat, nicht darum geholfen werden, weil der Erbe, etwa wegen Minderjährigkeit gegen die Antretung reſtituirt werden könnte [44]). Dieſelben Grundſätze müſſen conſequent auch beim Käufer einer Erbſchaft, oder wer ſonſt an die Stelle eines Erben tritt, in Anwendung gebracht werden. Mehrere der älteren Praktiker haben aber bezweifelt, ob auch der Fiscus bei der Confiscation eines Vermögens in die Reſtitutionsbefugniß des Beſtraften ſuccedire, weil die Confiscation nur das vorhandene Vermögen betreffe [45]) und weil man doch nicht ſagen könne, daß das durch die Reſtitution Wiederzuerlangende ſchon zum Vermögen des Verletzten gehöre. Dieſer Grund der Bedenklichkeit iſt indeſſen offenbar ganz unzutreffend. Die Sachen, die Jemand zu fordern hat, ſind auch noch nicht Theile ſeines Vermögens [46]) und doch fallen die Forderungen mit an den Fiscus, weil ſie ſelbſt zum Vermögen gehören. Da nun die Reſtitutionsbefugniß gleich den Forderungen

44) Oddus P. I. qu. 50. art. 2. in fin. kommt zwar zu demſelben Reſultat, aber aus einem verkehrten Grunde, indem er in der Annahme des Fideicommiſſes einen Verzicht des Fideicommiſſars auf die Reſtitution findet.

45) l. 22. §. 5. D. mandati (17, 1).

46) l. 3. pr. D. de O. et A. (44, 7).

auf Univerſalſucceſſoren übergeht, der Fiscus bei der Confiscation aber als wirklicher Univerſalſucceſſor gilt, ſo fehlt es an einem triftigen Grunde, hier eine beſondere Ausnahme in Rückſicht des Fiscus anzunehmen [47]).

4. Derjenige endlich, dem der Verletzte ſeinen Anſpruch auf Reſtitution cedirt hat [48]), wobei es ohne Zweifel nur zufällig iſt, wenn die wenigen von dieſer Ceſſion handelnden Stellen nur von Fällen ſprechen, in welchen dieſelbe erzwungen werden kann; denn es iſt gar nicht abzuſehen, weshalb die Ceſſion, da ſie einmal rechtlich möglich iſt, nicht auch freiwillig ſollte geſchehen können. Zu weit gehen jedoch diejenigen [49]), welche ſelbſt eine indirecte oder ſtillſchweigende Ceſſion zulaſſen, nämlich wenn Jemand eine Sache veräußert, oder eine Forderung cedirt, die er zwar eingebüßt, aber auf eine Weiſe eingebüßt hat, daß er Reſtitution gegen den Verluſt erhalten kann. Es ſcheint freilich, daß, wenn man hier keinen Betrug annehmen will, der doch nicht präſumirt werden darf, auch nicht Unkenntniß des eingetretenen Verluſtes zu Grunde liegt, nichts übrig bleibt, als in der Veräußerung oder Ceſſion des verlorenen Rechts zugleich die ſtillſchweigende

47) Oddus P. I. qu. 50. art. 4.

48) l. 24. pr. D. de minor. (4, 4), l. 25. D. de adm. et peric. tut. (26, 7), l. 20. §. 1. D. de tutelae et rat. distr. (27, 3).

49) J. V. Glück, Comm. B. 5. §. 443. S. 459.

Ermächtigung zu finden, die dem Veräußerer oder Cedenten zuſtändige Reſtitution nachzuſuchen. Bekanntlich aber enthält die Veräußerung einer in fremden Händen befindlichen Sache, auf deren Erlangung der Veräußerer irgend eine actio in rem oder in personam hat, an und für ſich keineswegs eine Ceſſion dieſes Klagrechts, ſondern es muß, wenn die Ceſſion nicht ausdrücklich erfolgt, der Alienirende ſelbſt erſt die Sache einklagen, um ſie an ſeinen Käufer abliefern zu können, und dieſe Analogie entſcheidet hier, wie gleich erhellen wird. Zuvor mag nur noch die Bemerkung hier einen Platz finden, daß es auf einem handgreiflichen Verkennen des Weſens der Ceſſion beruht, wenn Anton Faber [50]) meint, daß man beim Anſpruch auf Reſtitution von keiner eigentlichen Ceſſion, ſondern nur von einem mandatum in rem suam reden dürfe. Hoffentlich wird heutzutage Niemand in Abrede ſtellen, daß dies eine völlig leere Unterſcheidung ſey.

Vergleicht man nun die hier angegebene Berechtigung zur Erbittung der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand mit dem Recht, zu klagen, ſo zeigt ſich die vollkommenſte Uebereinſtimmung. Klagen gehen in der Regel auf Erben und andere Univerſalſucceſſoren über und können cedirt werden; eben ſo der Anſpruch auf Reſtitution. Einige bleiben aber dabei nicht ſte-

50) Rational. ad Pand. ad leg. 24. pr. D. de minor.

hen. Man hat die Frage aufgeworfen, ob die Reſtitutionsbefugniß ein beneficium reale oder personale ſey. In ſo ferne nun dieſe Frage ſich bloß darauf bezöge, ob der Anſpruch auf Reſtitution höchſt perſönlich ſey, oder nicht, würde man unbedenklich denen beitreten müſſen, welche dieſen Anſpruch für ein beneficium reale erklären, weil derſelbe ja vererbt und cedirt werden kann. Allein ſo iſt die Frage nicht gemeint, ſondern diejenigen, welche hier ein beneficium reale annehmen, verſtehen darunter, daß die Grundſätze von den exceptiones rei cohaerentes und den privilegiis causae analog auf die Reſtitution anzuwenden ſind. Darnach ſoll alſo, wer für die Schuld eines Andern entweder geſetzlich haftet, wie bei der actio de peculio, quod iussu, exercitoria und institoria, oder durch Bürgſchaft, Conſtitutum, Expromiſſion u. ſ. w. dafür intercedirt hat, wenn der eigentliche Schuldner Reſtitution wider die Schuld erhalten könnte, ſelbſt Reſtitution ſuchen dürfen, eben ſo wie er ſich der dem Schuldner zuſtändigen Einreden bedienen dürfte. Auf gleiche Weiſe ſoll der Singularſucceſſor ins Eigenthum einer Sache Anſpruch auf Reſtitution gegen dingliche Rechte haben, die ſein Auctor beſtellt hat, wenn dieſer dagegen reſtituirt werden könnte. Ja, ſogar wenn Jemand eine Sache, die er unter Umſtänden, die ihn zur Reſtitution berechtigen würden, gekauft, eingetauſcht oder auf andere

Weiſe erworben, weiter veräußert hat, ſoll der jetzige Inhaber an ſeiner Stelle Reſtitution zu erbitten befugt ſeyn [51]). So gefaßt, hat aber Vinnius [52]) vollkommen Recht, dieſe Anſicht zu verwerfen und die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand als ein bloßes beneficium personale anzuſehen. Sobald ein Schuldner Reſtitution gegen ſeine Schuld erhält, werden auch die acceſſoriſch Verpflichteten frei, mit einigen in der Natur der Sache liegenden Ausnahmen, von denen weiterhin näher die Rede ſeyn wird (§. 30), und im Fall des Zwanges und Betruges können ſich die acceſſoriſch Verpflichteten auch der exceptio metus und doli bedienen, weil dies ſelbſtſtändige Einreden ſind, die nicht erſt von der Ertheilung der Reſtitution abhängen. Weder das Eine noch das Andere entſcheidet aber etwas über die Befugniß zur Erbittung der Reſtitution. In der That iſt auch die entgegengeſetzte Theorie nur aus dem Mißverſtändniß einer einzigen Stelle hervorgegangen [53]).

51) **Pet. de Toullieu**, Collect. Diss. XV. p. 378 f.; I. L. **Schmidt**, Diss. de rest. in integr. num sit benef. reale an personale. Jenae 1777. 4.; **Hoffacker**, Pr. iur. §. 813.; **Glück**, Opusc. iurid. fasc. II. p. 283 f. und Comm. B. 5. §. 443. Ganz inconſequent iſt **Oddus** P. I. qu. 50. art. 3, der die Reſtitution als ein beneficium personale betrachtet, aber doch die Folgeſätze der entgegengeſetzten Meinung zugiebt.

52) Sel. quaest. I. c. 11. M. ſ. auch **Bachow**. l. c. IV, 1. c. 6. §. 4. p. 970.

53) Ein Paar andere Stellen, die auch noch angeführt werden, l. 7. pr. l. 19. D. de exc. (14, 1), l. 196. D. de R. I.

„Paulus *libro III ad Plautium.* Rei autem cohaerentes exceptiones etiam fideiussoribus competunt, ut rei iudicatae, doli mali, iurisiurandi, quod metus causa factum est. . . . Idem dicitur et si pro filiofamilias contra senatusconsultum quis fideiusserit, *aut pro minore viginti quinque annis circumscripto.* Quod si deceptus sit in re, tunc nec ipse ante habet auxilium, quam restitutus fuerit, nec fideiussori danda est [54]."

Es iſt in anderer Verbindung (§. 13) ausgeführt worden, daß dieſe Stelle eine Anſpielung auf die exceptio doli enthält, welche die lex Plaetoria den betrogenen Minderjährigen verliehen hatte, lange bevor das Prätoriſche Edict über die allgemeine exceptio doli erſchienen war, und daß Paulus bemerklich machen will, wie der Bürge eines betrogenen Minderjährigen auch unmittelbar ſich dieſer exceptio legis Plae-

(50, 17), beweiſen hier gar nichts, da ſie nur die Natur der exceptiones rei cohaerentes und der privilegia causae erörtern. Eher könnten ſich die Gegner auf l. 32. D. de fideiussor. (46, 1): „Ex persona rei, et quidem invito reo, exceptio *et caetera rei commoda* fideiussori, caeterisque accessionibus competere possunt" ſtützen. Es iſt aber zu beachten, daß hier nicht competunt, ſondern competere possunt ſteht, und daß wirklich keine unbedingte Regel aufgeſtellt werde, beweiſt gleich das beneficium competentiae, welches dem Bürgen nicht zuſteht. l. 63. §. 1. D. pro socio (17, 2), l. 24. pr. D. de re iud. (42, 1).

54) l. 7. §. 1. D. de except. (44, 1).

toriae bedienen könne, während, im Fall der Verbürgung für einen **ohne Betrug** verletzten Minderjährigen, dieſer erſt Reſtitution erlangt haben müſſe, bevor ihm ſelbſt oder ſeinem Bürgen eine Einrede gegen die Schuld zuſtehe. Nur indem man dieſen einfachen Zuſammenhang überſehen hat, iſt es möglich geweſen, die Worte idem dicitur et si pro minore fideiusserit nicht von der Vorſchützung einer Einrede, ſondern von der Nachſuchung der Reſtitution zu verſtehen, obgleich das idem dicitur ſich augenſcheinlich auf die vorhergehende Regel über die exceptiones rei cohaerentes bezieht, und obgleich man dadurch mit dem Schlußſatz in die größte Verlegenheit kommt. Denn ſelbſt wenn man dieſem mit **Glück**[55]) den Sinn beilegt, daß die Reſtitution des **ohne Betrug** lädirten Minderjährigen den Bürgen deſſelben nicht liberire, was allgemein genommen nicht wahr iſt, wie an anderem Orte (§. 30.) gezeigt werden wird, würde wenigſtens die Reſtitution gegen eine ſolche Läſion als ein beneficium personale anerkannt werden müſſen.

Nicht nur aber an einem gehörigen Fundament fehlt es der hier beſtrittenen Meinung, ſondern ihr ſtehen auch mehrere Stellen geradezu entgegen. Fände hier die Analogie der exceptiones rei cohaerentes Anwendung, ſo müßte auch der vermöge der actio de peculio oder quod iussu aus den Verträgen ſeines

55) Comment. B. 5. §. 459. S. 561 f.

Sohnes haftende Vater nicht bloß für ſeinen minderjährigen Sohn, ſondern auch zu eigenem Beſten Reſtitution erbitten können. Ulpian verneint aber dies unbedingt, weil es nicht die Abſicht des Prätors ſey, die Hülfe, welche er den Minderjährigen verheißen habe, auch den Volljährigen angedeihen zu laſſen, und bei der actio quod iussu ſoll nicht einmal, wenn der Sohn ſelbſt gegen den Vertrag in den vorigen Stand geſetzt wird, auch der Vater folgeweiſe gleich dem Bürgen von der Schuld befreit werden [56]). Der von Ulpian angegebene Grund, der noch in vielen anderen Stellen vorkommt [57]), ſchließt auch die Möglichkeit aus, hier bloß an ein ſingulaires Recht in Rückſicht des Vaters zu denken; indem, wenn der Bürge eines Minderjährigen Reſtitution wegen der Verletzung des Letzteren ſuchen dürfte, auch wieder die für die Minderjährigen berechnete Rechtswohlthat einem Minderjährigen zugeſtanden würde. Auch ſpricht Africanus dem Herrn, der aus Verträgen ſeines minderjährigen Sklaven mit der actio exercitoria belangt werden kann, ausdrücklich den Anſpruch auf Reſtitution gegen dieſe Verträge ab [58]), obgleich nichts gewiſſer iſt, als daß der Herr Einreden, die gegen dieſe Verträge begründet wären,

56) l. 3. §. 4. D. de minor. (4, 4).

57) Z. B. l. 3. §. 11. l. 4. l. 23. pr. l. 38. §. 1. D. eod.

58) l. 1. D. eod.

gebrauchen könnte. Ferner gehört hierher, daß, wenn ein Minderjähriger als negotiorum gestor einen nachtheiligen Vertrag für einen Andern geſchloſſen hat, er ſelbſt wohl Reſtitution dawider erhalten kann, weil er wegen des Schadens als negotiorum gestor haftet, alſo ſelbſt betheiligt iſt, derjenige aber, für den der Vertrag geſchloſſen worden, nur wenn der Minderjährige ihm ſeinen Anſpruch auf Reſtitution cedirt, wozu dieſer freilich ſoll gezwungen werden können [59]. Der gegen den Vertrag zuſtändigen Einreden würde ſich der dominus negotii auch hier wieder ohne Ceſſion bedienen dürfen. Ganz entſcheidend iſt endlich eine Stelle von **Papinian**, worin er das Recht eines Bürgen, in einem concreten Fall Reſtitution gegen die von dem minderjährigen Hauptſchuldner contrahirte Schuld zu verlangen, darauf, **und nur darauf** gründet, daß derſelbe Erbe des Hauptſchuldners geworden war [60].

59) l. 24. pr. D. eod. Paul. S. R. I, 9. §. 2.

60) l. 95. §. 3. D. de solut. (46, 3). Dieſe Stelle iſt übrigens noch in anderer Hinſicht merkwürdig. Daß ein Bürge als **Erbe des Schuldners** Reſtitution gegen die Schuld ſuchen könne, wo es der Schuldner ſelbſt konnte, iſt an ſich nichts Auffallendes. Aber zweifelhaft könnte man ſeyn, ob dies auch angehe, wo die Bürgſchaftsobligation ſtärker iſt als die Hauptobligation, wo ſonſt keine Confuſion eintritt, l. 5. l. 14. l. 21. §. 4. D. de fideiuss. (46, 1), l. 93. §. 2. D. de solut. (46, 3), und ein ſolcher Fall findet Statt, wenn ein Bürge ſich verpflichtet hat, auch nach Aufhebung der Schuld durch in integrum restitutio haften zu wollen, was bei der

Von einer anderen Aeußerung Papinians [61]), welche Glück [62]) ſelbſt als der von ihm vertheidigten Anſicht entgegenſtehend betrachtet, will ich hier keinen Gebrauch machen, weil ſie mir nicht wirklich mit der erörterten Frage in Verbindung zu ſtehen ſcheint. Dagegen möchte es nicht unpaſſend ſeyn, noch in der Kürze auf die Natur der Sache aufmerkſam zu machen. Der Anſpruch auf Reſtitution, obgleich von den Klagrechten dadurch weſentlich verſchieden, daß er kein von der richterlichen Gnade unabhängiges Recht enthält, iſt doch unverkennbar mit den Klagrechten viel näher verwandt als mit den Einreden, oder gar mit den privilegiis causae; denn man fordert auch hier Herſtellung eines geſtörten Zuſtandes, Aufhebung einer Verletzung, ſelbſt dann wenn es eine verlorene Einrede iſt, die man durch die Reſtitution wieder zu erlangen wünſcht, wie denn auch Paulus geradezu die integri restitutio eine redintegrandae rei vel causae actio nennt [63]). Es iſt alſo auch ſchon darum zu erwarten,

Verbürgung für einen Minderjährigen in dubio angenommen wird (§. 30). Papinian findet nun aber auch in dieſem Fall keinen hinreichenden Grund, dem Bürgen als Erben die Reſtitution zu verſagen. Die fideiussio pro minore sine contemplatione iuris praetorii, von der er ſpricht, kann nämlich dem Zuſammenhange nach nur eine Bürgſchaft bezeichnen, welche ſchlechthin und ohne Rückſicht auf den möglichen Fall der Reſtitution geſchehen iſt, obgleich Glück Comm. B. 5. S. 569 f. anderer Meinung iſt.

61) In l. 42. D. de admin. tut. (26, 7).

62) Opusc. iurid. l. c.

63) Paul. S. R. I, 7. §. 1.

daß die Römer hier die Analogie der Klagen, und nicht die der Einreden befolgt haben werden. Wem fällt es aber ein, bei Veräußerung einer Sache die Klagen als mit übertragen anzuſehen, welche dem Veräußerer wegen Verletzungen und Schäden in Betreff der Sache zuſtehen? Und wie ſollte man alſo dazu kommen, das außerordentliche Rechtsmittel der Reſtitution der Sache folgen zu laſſen? Wenn Jemand eine Realſervitut durch Nichtgebrauch verloren, und nun ſein Grundſtück ohne alle Rückſicht auf die Servitut veräußert hat, welche Billigkeit ſpricht dafür, dem Käufer einen Anſpruch auf Reſtitution zu gewähren, weil etwa ſein Auctor einen Grund zur Reſtitution wider den Verluſt gehabt hätte? Der Käufer hat ja gar keinen Schaden erlitten. Und nun nehme man gar den Fall, wenn Jemand eine Sache gezwungen, oder betrogen, oder als Minderjähriger auf eine nachtheilige Weiſe gekauft, aber trotz deſſen weiter veräußert hat. Die actio de dolo und quod metus causa kann der Succeſſor entſchieden nicht anſtellen. Man begreift aber eben ſo wenig, weshalb er wegen der Verletzung, die ſein Auctor erlitten, Reſtitution zu ſuchen befugt ſeyn ſollte, was ihm doch zuſtehen müßte, ſo ferne die Reſtitutionsbefugniß wie eine exceptio in rem an der Sache haftete. Hält man zu dem hier Bemerkten noch den Grundſatz, daß ſingulaire Rechtsinſtitute, zu denen die Reſtitutionslehre unſtreitig ge-

hört, im Zweifel immer im beſchränkteſten Umfange aufzufaſſen ſind, und daß es an einem klaren Zeugniſſe für Anwendung der Reſtitution nach den Regeln über die dinglichen Einreden gänzlich gebricht, während die Gründe des Uebergangs der Klagrechte, nämlich Univerſalſucceſſion und Ceſſion hier beſtimmt vorkommen, ſo können die Meinungen wohl nicht mit Grund darüber getheilt ſeyn, ob wir die Reſtitution in der hier in Frage ſtehenden Beziehung ausſchließlich nach der Natur der Klagrechte zu behandeln haben oder nicht, und damit iſt es denn zugleich gerechtfertigt, warum wir oben in der Veräußerung oder Ceſſion einer verlornen Sache oder Forderung keine ſtillſchweigende Ceſſion der wider den Verluſt begründeten Reſtitution haben anerkennen können.

III. Die dritte zu Anfang dieſes §. aufgeſtellte Hauptfrage war, gegen wen die Reſtitution geſucht werden könne? Man pflegt in dieſer Beziehung die Unterſcheidung aufzuſtellen, daß die Reſtitution theils in personam, theils in rem ſey, und richtig verſtanden iſt dieſe Unterſcheidung allerdings gegründet. Die restitutio in personam bildet die Regel, die restitutio in rem die Ausnahme. Dem Begriff der Reſtitution zufolge, möchte man zwar eher das Gegentheil vermuthen. Denn werden durch die Reſtitution verlorne Rechte wieder gegeben, ſo ſollte man auf den erſten Blick glauben, daß dieſe Rechte nun auch ganz

wie vorher ausgeübt werden könnten; daß alſo, wer wieder in ſein verlornes Eigenthum eingeſetzt werde, unmittelbar die Sache von jedem Beſitzer vindiciren dürfe. Aber ſo verhält es ſich nicht. Gewöhnlich nämlich kann der Verletzte ſich nicht an jeden halten, der etwa beſitzt, was er verloren hat, folglich im Stande iſt, ihm in natura zu dem Seinigen zu verhelfen, ſondern die Reſtitution muß gegen denjenigen geſucht werden, der unmittelbar durch das die Verletzung enthaltende Ereigniß gewonnen hat. Dies iſt derjenige, gegen den das Reſtitutionsgeſuch zu richten iſt, der darüber gehört werden muß (§. 23) und der durch Ertheilung der Reſtitution die Verbindlichkeit erhält, die Verletzung durch wirkliche Herſtellung des früheren Zuſtandes, oder wo dieſe nicht möglich iſt, durch Erſatz aufzuheben, indem ſelbſt die ertheilte Reſtitution im Allgemeinen kein Recht gegen Dritte gewährt (§. 29 u. 30). Bei Verträgen iſt demnach der rechte Beklagte, um mich der Kürze wegen dieſes freilich nicht ganz paſſenden Ausdrucks zu bedienen, der Mitcontrahent, an den man das Verſprechen, die Bewilligung oder Verzichtleiſtung ausgeſtellt hat, deſſen oder deren Aufhebung nun verlangt wird. Bei der Reſtitution gegen eingetretene Verjährung iſt im Fall der Extinctivverjährung der dadurch Befreite, im Fall der Adquiſitivverjährung der Adquirent der rechte Beklagte. Bei der Reſtitution gegen Urtheile, wie ge-

gen andere proceſſualiſche Nachtheile iſt es der Gegner im Proceß; bei der Reſtitution gegen die Ausſchlagung einer Erbſchaft oder eines Vermächtniſſes iſt es der, an welchen die Succeſſion darauf gelangt iſt, oder der das Vermächtniß behalten hat, und bei der Reſtitution endlich gegen die Annahme einer verſchuldeten Erbſchaft ſind es die Erbſchaftsgläubiger, gegen welche man die Reſtitution zu ſuchen hat [64]).

Den auf dieſe Weiſe beſtimmten Gegnern oder Beklagten bei der Reſtitution ſtehen übrigens deren Erben und folglich auch die ſonſtigen Univerſalſucceſſoren gleich [65]), und iſt Jemand durch einen Sklaven oder filiusfamilias verletzt worden, ſo iſt deſſen Herr oder Vater verbunden, jenen zu vertreten, und bei ertheilter Reſtitution, ſofern er durch ſeinen Sklaven oder filiusfamilias bereichert worden, aus ſeinem eigenen Vermögen, ſonſt aber aus dem Peculium des Schuldigen den Verletzten zu befriedigen [66]). Dies iſt die restitutio in personam [67]).

64) Die hier im Text aufgeſtellte Regel ergiebt ſich aus l. 9. pr. l. 13. l. 14. l. 29. §. 2. D. de minor. (4, 4), l. 23. §. 3. l. 30. §. 1. l. 40. §. 1. D. ex quib. caus. mai. (4, 6), l. 3. C. de his quae vi (2, 20), l. 10. C. de rescind. vendit. (4, 44), Nov. 119. cap. 6.

65) l. 14. D. de minor. (4, 4), l. 78. §. 1. D. de legat. II. (31), l. 6. l. 7. C. de in integr. rest. min. (2, 22).

66) l. 24. §. 3 u. 4. D. de minor. (4, 4).

67) Daß Paul. S. R. I, 7. §. 4., wo die restitutio in personam auf die actio quod metus causa bezogen wird, von den Weſtgothen corrumpirt ſey, iſt ſchon §. 3. bemerkt worden.

Ausnahmsweiſe wird aber auch die restitutio in rem gewährt. Das will ſagen, daß ausnahmsweiſe auch erlaubt iſt, die Reſtitution gegen unſchuldige Dritte zu ſuchen, welche im Stande ſind, den früheren Zuſtand wieder herzuſtellen, namentlich die Sache beſitzen, welche der Verletzte eingebüßt hat. Ein feſtes Princip darüber, wann dies zuläſſig ſey, giebt es jedoch nicht, und mehrere Regeln, die man aufzuſtellen verſucht hat, z. B. daß die restitutio in rem immer, aber auch nur geſtattet werden dürfe, wenn die Verletzung nicht aus einem Vertrage herrühre, ſind in den Quellen nicht begründet. Wir finden nur die Empfehlung an die reſtituirenden Behörden, die restitutio in rem nicht leicht zuzulaſſen, als wenn bei dem eigentlich Verpflichteten nichts zu bekommen ſey, oder der Beſitzer beim Erwerbe der Sache den Reſtitutionsgrund gekannt habe, oder der Verletzte ein ganz beſonderes Intereſſe habe, gerade die verlorne Sache ſelbſt wieder zu bekommen, und nicht mit einer bloßen Entſchädigung abgefunden zu werden [68]). Nachſichtiger iſt indeſſen das Römiſche Recht bei der restitutio propter metum, indem beim Zwange leichter als bei

68) l. 9. pr. l. 13. §. 1. l. 14. D. de minor. (4, 4), l. 17. pr. D. ex quib. caus. mai. (4, 6), l. 18. D. de interrog. in iure fac. (11, 1), l. 39. D. de evict. (21, 2), l. 3. C. de his quae vi (2, 20), l. 3. C. si adv. fisc. (2, 37), l. 3. l. 6. C. de restit. mil. (2, 51), l. 2. C. de uxor. mil. (2, 52).

andern Reſtitutionsgründen die Vindication gegen Dritte durch die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand geſtattet werden ſoll [69]), was ohne Zweifel damit zuſammenhängt, daß auch die actio quod metus causa und die exceptio metus, in rem scriptae ſind [70]). Aus der Bemerkung von Paulus:

„Huic applicatur minor viginti quinque annis, qui a creditore circumscriptus, in rem ex causa debiti solutam restituitur, [71])"

könnte man den Schluß ziehen wollen, als ſey die Reſtitution gegen Zahlungen immer in rem. Allein Paulus will wohl gar nichts weiter ſagen, als daß auch gegen Zahlungen Reſtitution Statt finde. Uebrigens hat bei der restitutio in rem der Beklagte natürlich Anſpruch auf Evictionsleiſtung gegen ſeinen Auctor, wie bei der Eviction durch ordentliche Klagen [72]).

69) l. 9. §. 4 u. 6. D. quod met. causa (4, 2), l. 3. l. 5. C. de his quae vi (2, 20).

70) l. 9. §. 8. l. 10. pr. l. 14. §. 3 u. 5. l. 23. §. 3. D. quod met. causa (4, 2), l. 4. §. 33. D. de doli except. (44, 4), §. 31. I. de act. (4, 6).

71) l. 98. §. 2. D. de solut. (46, 3).

72) l. 15. D. de minor. (4, 4), l. 39. pr. D. de evict. (21, 2).

§. 23.

VI. Vom Verfahren bei der Reſtitution:

1. Allgemeine Grundſätze.

Das Verfahren, welches bei der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand zu beobachten iſt, gehört zu den am meiſten ſtreitigen Gegenſtänden in der ganzen Lehre. Bevor wir uns aber zu den Streitfragen ſelbſt wenden, erſcheint es als paſſend, dasjenige über das Verfahren zuſammenzuſtellen, was als ausgemacht und unbeſtritten angeſehen werden kann, um dadurch den Boden für die anzuſtellende ziemlich ſchwierige Unterſuchung zu ebnen.

Als Einleitung ſetzt die Verhandlung über die Reſtitution ein förmliches Geſuch von Seiten deſſen, der darauf Anſpruch macht, voraus, eine solennis postulatio, wie Gordian ſich ausdrückt [1]), indem keine Wiedereinſetzung in den vorigen Stand von Amtswegen Statt findet. Dies iſt zwar nirgends allgemein ausgeſprochen, aber ſchon der Umſtand, daß das Römiſche Recht viel weniger den Beamten unaufgefordert in die rechtlichen Verhältniſſe der Privatperſonen einzugreifen geſtattet, als die meiſten neueren Geſetzgebungen, und namentlich den Verhandlungsmaxime im Proceß ſo ſehr huldigt, daß es ja ſogar bei Criminalunterſuchungen regelmäßig einen Ankläger fordert, läßt erwarten, daß

1) l. 2. C. si adv. cred. (2, 38).

Niemandem eine ſo außerordentliche Hülfe wie die Reſtitution aufgedrungen werden dürfe, wenn er ſich den erlittenen Schaden gefallen laſſen will, wofür überdies auch der Grundſatz: Beneficia non obtruduntur, ſpricht. Wir ſind hier jedoch nicht auf bloße Vermuthungen verwieſen; denn die vorkommenden genauen Beſtimmungen über die Zeit zur Erbittung der Reſtitution [2]) und über die Befugniß, für Andere Reſtitution zu ſuchen [3]), ſchließen jeden Zweifel über die Nothwendigkeit eines Reſtitutionsgeſuchs aus. Beſonders ſind die zuletzt erwähnten Beſtimmungen entſcheidend. Denn dürfte die Obrigkeit auch unaufgefordert in den vorigen Stand einſetzen, wie ſie von Amtswegen einen Vormund ein- oder abſetzen kann, ſo wäre gar nicht zu begreifen, weshalb es nicht jedem erlaubt ſeyn ſollte, ohne Vollmacht die Obrigkeit darauf aufmerkſam zu machen, wo Veranlaſſung zur Ertheilung der Reſtitution vorhanden ſey, gleich wie jeder auf Ernennung oder Entfernung eines Vormundes antragen darf. Selbſt bei Minderjährigen erſtreckt ſich die Obervormundſchaftliche Gewalt nicht bis zur Befugniß der unerbetenen Reſtitutionsertheilung, was freilich noch den natürlichen Grund hat, daß die Gewährung der Reſtitution nicht der Obrigkeit des Verletzten, ſondern der ſeines Gegners zuſteht [4]), die ja häufig nicht die Obervormund-

2) M. ſ. §. 27.
3) M. ſ. §. 22. Nr. I.
4) M. ſ. §. 28.

ſchaft über jenen führen wird. Die Ausnahme, welche in unſerer Deutſchen Praxis vorkommt, bei verſpäteten Eingaben im Proceß auch ohne beſonderen Antrag brevi manu Reſtitution gegen das Verſäumniß zu ertheilen, wenn genügende Gründe dazu vorliegen [5]), iſt in der That nur ſcheinbar, indem dieſes Verfahren damit zuſammenhängt, daß man in der auch noch heutzutage den Partheiſchriften wenigſtens mit den Anfangsworten: „Desuper implorando" oder „Hierüber" angehängten clausula salutaris [6]) ein eventuelles Reſtitutionsgeſuch findet [7]).

Ueber das Geſuch muß der Gegner gehört werden [8]), ohne welches, wenn derſelbe nicht ungehorſam iſt [9]), die Ertheilung der Reſtitution ohne Folgen für ihn ſeyn ſoll [10]), und wegen dieſer nothwendigen Vernehmlaſſung des Gegners iſt auch hier von litiscontestatio die Rede [11]). Natürlich muß auch der Implorant die

5) Thibaut Pand. §. 1004 und die daſ. Angef.

6) E. G. Schmidt Theor.-prakt. Comm. über ſeines Vaters Lehrb. v. Klagen u. Einreden. B. 1. S. 155 f.

7) A. F. Reinhardt de rest. in integr. quae fit brevi manu. Bützow 1778.

8) l. 13. pr. l. 29. §. 2. D. de minor. (4, 4), l. un. C. si adv. dot. (2, 34), l. 2. C. si adv. fisc. (2, 37), l. 1. C. de praed. et al. reb. min. (5, 71), Nov. 119. c. 6. Cons. vet. ICti. II. lex 1, cap. 5. X. de in integr. rest. (1, 41).

9) l. 13. pr. D. de minor. (4, 4), Nov. 119. c. 6.

10) l. 29. §. 2. D. de minor. (4, 4).

11) l. 20. §. 1. D. eod. l. 6. C. de in integr. rest. min. (2, 22).

Bedingungen der begehrten Reſtitution ordnungsmäßig erweiſen, doch gehört dazu nur der Beweis der Läſion [12]), und des behaupteten Reſtitutionsgrundes der Minderjährigkeit, Abweſenheit u. ſ. w. [13]); denn ob der Fall zur Reſtitution geeignet ſey oder nicht, das iſt eine Frage, die ihrer Natur nach dem richterlichen Ermeſſen und dem Gegenbeweiſe überlaſſen bleiben muß [14]). Aus der Beweislaſt ergiebt ſich aber noch, daß genau im Reſtitutionsgeſuch anzugeben iſt, worin die Verletzung des Imploranten beſtehen ſoll, alſo die völlig unbeſtimmte Behauptung einer erlittenen Läſion, ohne nähere Bezeichnung derſelben, nicht berückſichtigt werden darf [15]), worauf nicht immer ſtreng genug gehalten wird, namentlich bei der Reſtitution gegen proceſſualiſche Verſäumniſſe, wo der ganze Schaden oftmals

12) l. 7. §. 3 u. 8. l. 11. §. 3. l. 35. l. 44. D. de minor. (4, 4), l. 9. §. 4. D. de iureiur. (12, 2), l. 5. pr. C. de in integr. rest. min. (2, 22), l. 1. C. si adv. vend. pign. (2, 29), l. 2. C. de praed. et al. reb. min. (5, 71). Daß bei Verträgen mit Minderjährigen nicht der Gegner, wie Einige meinen, die versio in rem zu erweiſen habe, iſt ſchon oben §. 5 a. E. gezeigt worden.

13) l. 3. D. de in integr. rest. (4, 1), l. 23. pr. D. quod met. causa (4, 2), l. 39. pr. l. 43. D. de minor. (4, 4), l. 18. §. 1. l. 19. §. 1. D. de probat. (22, 3), l. 1. C. de offic. praetor. (1, 39), l. 7. C. de his quae vi (2, 20), l. 6. C. de dolo (2, 21), l. 4. C. de in integr. rest. min. (2, 22), l. 1. l. 3. l. 4. C. si min. se mai. dix. (2, 43), l. 9. C. de probat. (4, 19), l. 2. C. de praed. et al. reb. min. (5, 71), c. 4. X. de in integr. rest. (1, 41).

14) Davon geht auch l. 3. §. 2. D. de minor. (4, 4) aus.

15) L. B. a Wernher Obs. for. P. VIII. obs. 400.

darin beſteht, daß dem Advocaten die Bezahlung für eine überflüſſige Deduction entgehen würde. Ueber die Art und Weiſe und die Erforderniſſe des zu führenden Beweiſes findet ſich übrigens nichts Beſonderes. Es gelten alſo hierüber die allgemeinen Regeln, und ſcheint es mir unnöthig, dieſe in ihrer Anwendung auf den Beweis im Reſtitutionsproceß umſtändlich auszuführen, wie es z. B. Glück [16]) in Rückſicht des Beweiſes der Minderjährigkeit gethan hat. Eine Abnormität findet ſich indeſſen in einer Decretale von Pabſt Innocenz III, worin aus Rückſichten auf die möglichſte Erhaltung der Ehen ein auf Scheidung lautendes Urtheil, in Folge eines ſehr ungenügenden Beweiſes der betrüglichen Erſchleichung dieſes Erkenntniſſes, nämlich bloß auf das Fundament eines unaufgefordert geſchwornen Eides des Imploranten, durch Reſtitutionsertheilung aufgehoben wird [17]). Man kann aber aus dieſem willkührlichen Reſcript eben ſo wenig eine gültige Regel ableiten, als aus willkührlichen Reſtitutionen Römiſcher Kaiſer; zum Wenigſten müßte man bei Fällen ſtehen bleiben, in welchen auch der favor matrimonii eintreten kann. Auf der andern Seite iſt aber auch kein hinreichender Grund für die Annahme mancher Praktiker vorhanden, daß zum Beweiſe des Betruges mehr gehöre, als zum Beweiſe ſonſtiger Thät-

16) Comment. B. 6. §. 464.

17) c. 4. X. de in integr. rest. (1, 41).

ſachen. Denn die aufgeſtellte Regel: A dolo vel contumacia fatuam liberare causam, kann man auch wieder nur auf eine Stelle gründen [18]), deren Inhalt aus einer beſonderen Begünſtigung hervorgegangen iſt, nämlich dem favor libertatis [19]).

Gegen die Entſcheidung über die erbetene Reſtitution kann jede Parthei appelliren, der Implorant ſelbſt ſowohl [20]), als deſſen Gegner [21]), und es müſſen daher jetzt auch die anderen heutzutage gebräuchlichen Rechtsmittel wider Urtheile zuläſſig ſeyn. Nur ein Reſtitutionsgeſuch gegen die Verſagung der Reſtitution darf nicht angenommen werden, worüber das Nähere jedoch ſchon in anderer Verbindung vorgetragen worden iſt [22]).

Während des Reſtitutionsproceſſes muß in Rückſicht des Gegenſtandes der Reſtitution Alles in statu quo bleiben. Es werden auch hier die Grundſätze über res litigiosae angewandt [23]), wobei, was den Anfangspunkt dieſer Wirkung betrifft, nach Canoniſchem Recht bekanntlich auf die Citation des Beklagten zu ſehen

18) l. 12. §. 3. D. de liberali causa (40, 12).

19) Leyser Med. ad Pand. Sp. XXXIII. med. 1; Pufendorf Obs. iur. univ. T. I. obs. 31.

20) l. 38. pr. D. de minor. (4, 4), l. 1. C. si saepius (2, 44), c. 10. X. de in integr. rest. (1, 41).

21) l. 38. pr., l. 39. pr. D. de min. (4, 4), l. 1. C. si adv. cred. (2, 38).

22) M. ſ. §. 10. Nr. II.

23) l. un. C. in integr. rest. post. ne quid novi fiat (2, 50).

iſt [24]). Deswegen iſt auch, wenn Reſtitution gegen ein Urtheil geſucht wird, bis darüber entſchieden worden, die Vollſtreckung des Urtheils auszuſetzen [25]). Ein Reſtitutionsgeſuch hat alſo Suſpenſiveffect. Doch erlaubt das Canoniſche Recht wiederum dem Richter, ſo ferne Verdacht vorhanden iſt, daß die Reſtitution nur um Zeit zu gewinnen, überhaupt aus Chicane erbeten worden ſey, dem Sieger die Vollziehung des Urtheils, gegen geleiſtete cautio de restituendo auf den Fall, daß der andere Theil mit ſeinem Reſtitutionsgeſuch durchdringen ſollte, zu bewilligen [26]). Letzteres beſtätigen auch die Reichsgeſetze [27]), und zwei Reichs-Cammer-Gerichtliche Gemeinbeſcheide von 1669 und 1671 haben noch hinzugefügt, daß bei Reſtitutionsgeſuchen wider Urtheile der Implorant oder deſſen Anwalt einen Calumnieneid dahin ſchwören ſoll, daß ihm die Thatſachen, namentlich die Urkunden, welche er jetzt für ſeine Sache vorzubringen habe, früher nicht bekannt geweſen wären [28]). Indeſſen iſt dieſe Beſtim-

24) Clem. 2. ut lite pend. nihil innov. (2, 5).

25) l. 32. C. de transact. (2, 4).

26) cap. 6 u. 7. X. de in integr. rest. (1, 41). Glück Comm. B. 5. §. 441.

27) C. G. O. v. 1555. Thl. III. Tit. 52; Conc. d. C. G. O. Thl. III. Tit. 62; I. Fr. Wahl de usu rest. in integr. Goett. 1751. 4. p. 20. Auch der Reichs-Cammergerichtliche Gemeinbeſcheid von 1760, abgedruckt in Emminghaus Corp. Iur. Germ. B. 2. S. 495, wiederholt dieſe Beſtimmung.

28) Abgedruckt ſind dieſe Gemeinbeſcheide bei Emminghaus l. c. B. 2. S. 358 u. 384 f. und bei Gönner

mung ihrem Inhalt nach doch nur von der oben (§. 12.) erörterten Reſtitution wegen Irrthums zu verſtehen, nicht auch von der Reſtitution aus anderen Billigkeitsgründen.

Endlich verdient hier noch die Bemerkung einen Platz, daß es dem Imploranten freiſteht, ſein Reſtitutionsgeſuch fallen zu laſſen [29]), der Gegner alſo darum, weil die Reſtitution einmal erbeten worden iſt, kein Recht darauf erhält, daß dieſelbe nun wirklich erfolge.

So weit hat die Sache keine Schwierigkeit. Jetzt aber gelangen wir zu einer ſehr bekannten Streitfrage, die uns längere Zeit beſchäftigen wird.

§. 24.

2. Insbeſondere vom iudicium rescindens und rescissorium.

Klagen, welche man durch Reſtitution wieder erlangt hat, die actiones Publicianae, wie ſie zuweilen nach

Handbuch des Proceſſes B. 3. Nr. 66. Der zweite Beſcheid enthält auch die ſehr verclauſulirte Eidesformel. Dieſelben Grundſätze ſind auch für die im Deutſchen Bundesſtaatsrecht begründeten Austrägalgerichte aufgeſtellt, worüber zu vergl. Beſchluß des Bundestages v. 16ten Juni 1817 (III, 9.) und 3ten Aug. 1820, und Protokoll der 34ſten Bundestagsſitzung von 1821, der 13ten von 1822 und der 18ten von 1823. M. ſ. Guſtav v. Struve Erſter Verſuch auf dem Felde des Deutſchen Bundesrechts. Bremen 1830. §. 12.

29) l. 20. §. 1. l. 21. l. 30. l. 41. D. de minor. (4, 4).

dem Urheber des älteſten Reſtitutionsedicts heißen [1]), werden von den Römern als actiones utiles bezeichnet [2]), ganz dem allgemeinen Begriff der actiones utiles gemäß, der ſich auf alle Klagen erſtreckt, die in einer erweiterten, analogen Anwendung vorkommen, worin ſie, ihren urſprünglichen und normalen Vorausſetzungen zufolge, eigentlich nicht begründet wären [3]). Es giebt aber noch eine andere Bezeichnung dieſer Klagen, die ihnen mit anderen reſtituirten Rechtsmitteln gemeinſchaftlich iſt. Ueberhaupt nämlich heißen Klagen, Einreden, Repliken, Appellationen u. ſ. w., deren Zuläſſigkeit durch Wiedereinſetzung in den vorigen Stand hergeſtellt worden iſt, actiones, exceptiones, appellationes restitutoriae s. rescissoriae, oder

1) M. ſ. oben §. 12. Note 4.

2) l. 21. §. 6. D. quod met. causa (4, 2), l. 7. §. 10. l. 25. pr. D. de minor. (4, 4), l. 20. l. 43. D. ex quib. caus. mai. (4, 6), l. 8. §. 8. D. ad SCt. Vellei. (16, 1), l. 47. §. 3. D. de pecul. (15, 1), l. 20. pr. D. de tut. et rat. distr. (27, 3), l. 3. §. 30. D. de SCto Silan. (29, 5), l. 10. §. 10. D. quae in fraud. cred. (42, 8), l. 41. pr. l. 48. §. 1. D. de fideiussor. (46, 1), l. 5. C. quib. ex caus. mai. (2, 54), l. 24. C. de R. V. (3, 32), Gaius IV. §. 38.

3) Nach dem Sprachgebrauch der Römer, die actiones utiles, bei welchen die Erweiterung der Anwendung auf einer Prätoriſchen Fiction beruht, actiones fictitiae zu nennen, würden die reſtituirten Klagen eigentlich zu den actionibus fictitiis gehören, da die in integrum restitutio in der That eine fictio Praetoria enthält, Gaius IV. §. 38. Auch heißt ja die actio Publiciana geradezu eine actio fictitia, Gaius IV. §. 36, wobei wir nicht genöthigt ſind, bloß an die utilis vindicatio des bonae fidei possessor zu denken.

ſchlechthin iudicia rescissoria [4]), eine Benennung, die indeſſen nicht bloß hier gebräuchlich iſt, ſondern ſich in allen Fällen findet, wo Jemand in Folge der Aufhebung eines Geſchäfts ein ihm früher zuſtändiges Rechtsmittel wiedererhält [5]).

Im Gegenſatz gegen die iudicia rescissoria s. restitutoria pflegt man den Reſtitutionsproceß ſelbſt das iudicium rescindens zu nennen. Nun aber ſtreitet man darüber, ob es wirklich ein vom iudicium rescissorium getrenntes iudicium rescindens gebe, und dies iſt es, was wir jetzt zu unterſuchen und feſtzuſtellen haben. Die obwaltenden Mißverſtändniſſe ſind vorzüglich dadurch veranlaßt worden, daß man die Prätoriſchen Reſtitutionsklagen und Einreden, die actio quod metus causa und exceptio metus, die actio de dolo und exceptio doli, die actio Pauliana etc. mit der in integrum restitutio im engeren Sinn vermengt hat. Sobald man aber nur dieſe auseinanderhält, läßt ſich die richtige Theorie ſehr beſtimmt in den Quellen nachweiſen, wobei wir indeſſen vorläufig die verſchiedenen Anſichten ganz bei Seite laſſen müſſen.

4) l. 28. §. 5 u. 6. D. ex quib. caus. mai. (4, 6), l. 46. §. 3. D. de procur. (3, 3), l. 24. C. de R. V. (3, 32), l. 18. C. de postlim. (8, 51), Nov. 155. c. 1.

5) l. 8. §. 9, 12, 13, 14. l. 13. §. 2. D. ad SCt. Vellei. (16, 1), l. 21. §. 1. D. de donat. (39, 5), l. 3. §. 1. D. de eo per quem fact. erit (2, 10), l. 8. l. 16. C. de SCto Vellei. (4, 29).

Der Antrag auf Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, obgleich mit den Klagen verwandt, auch zuweilen actio genannt [6]), iſt an ſich doch weder eine Klage, noch eine Einrede, ſondern, wie es von ſelbſt daraus folgt, daß man kein eigentliches Recht auf Reſtitution hat, und wie es auch in unſerer, hier durch die Natur der Sache richtig geleiteten Praxis gehalten wird, ein bloßes Geſuch, eine Bitte um eine beſondere Begünſtigung. Nichts iſt daher verſtändlicher als die Bemerkung von Paulus in Beziehung auf die Reſtitution Minderjähriger:

„Ex hoc edicto nulla propria actio vel cautio proficiscitur, totum enim dependet ex Praetoris cognitione [7])."

Während bei Zwang und Betrug, wie wir oben geſehen haben, das Prätoriſche Edict ſelbſt nur wahre Klagen und Einreden gegeben hatte, die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand aber erſt ſpäter auf andere Weiſe eingeführt ward, hatte dagegen in Anſehung der Reſtitution Minderjähriger das Edict gleich die eigentliche, ganz vom Ermeſſen des Prätors abhängige

6) Pauli S. R. I, 7. §. 1.

7) l. 24. §. 5. D. de minor. (4, 4). Zur Erklärung der hier erwähnten cautio dient l. 1. §. 2. D. de stip. praetor. (46, 5): „Cautionales (sc. stipulationes) autem sunt, quae instar actionis habent, et ut sit nova actio intercedunt, ut de legatis stipulationes, et de tutela, et ratam rem haberi, et damni infecti." M. ſ. auch l. 37. pr. D. de O. et A. (44, 7).

und daher nicht zu fordernde, ſondern nur zu erbittende in integrum restitutio aufgeſtellt. Das iſt es, was Paulus bemerklich machen will.

Die Verhandlung über das Reſtitutionsgeſuch gehörte bei den Römern zur extraordinaria cognitio magistratuum. Zahlreiche Stellen beweiſen dies, indem ſie ſagen, die Reſtitution werde causa cognita ertheilt, oder es trete hier die notio s. cognitio magistratus ein, oder es werde die cognitio de in integrum restitutione erbeten u. d. m. [8]). Bekanntlich wird aber durch dieſe wirklich techniſchen Ausdrücke immer zu erkennen gegeben, daß der magistratus qui iurisdictioni praeerat allein ſummariſch die Sache abmachte, ohne erſt iudices privati zur Unterſuchung des Factiſchen, überhaupt zur Prüfung der Beweiſe zu ernennen, worauf ſich die Regel bezieht: Ubicunque causae cognitio, ibi praetor desideratur [9]) et decretum praetoris [10]). Nirgends wird daher auch der iudices privati in Rück-

8) l. 2. §. 1. D. si ex nox. causa ag. (2, 9), l. 17–27. l. 39. §. 6. D. de procur. (3, 3), l. 3. D. de in integr. rest. (4, 1), l. 11. §. 3. l. 13. §. 1. l. 24. §. 5. l. 39. pr. l. 44. D. de minor. (4, 4), l. 9. §. 4. D. de iureiur. (12, 2), l. 39. pr. D. de evict. (21, 2), l. 1. C. de offic. praet. (1, 39), l. 3. C. de in integr. rest. min. (2, 22), l. 2. C. si adv. rem iud. (2, 27), l. 1. C. si adv. solut. (2, 33), l. 2. C. si adv. fisc. (2, 37), l. 3. C. si min. se mai. dix. (2, 43), l. 1. C. de praed. et al. reb. min. (5, 71).

9) l. 105. D. de R. I. (50, 17).

10) l. 9. §. 1. D. de offic. procons. (1, 16), l. 71. D. de R. I. (50, 17).

ſicht des Reſtitutionsproceſſes gedacht [11]). Doch darf man dies nicht gleichfalls auf die iudices pedanei ausdehnen. Juſtinian erzählt uns nämlich, es habe ein alter Streit darüber Statt gefunden, ob nur ein iudex cui aliqua iurisdictio est, d. h., nach dem Sprachgebrauch der ſpäteren Zeit, ein wirklicher Juſtizbeamte, oder ob auch ein iudex pedaneus Reſtitution ertheilen könne, und zur Schlichtung dieſes Streits verordnet er, daß nur die vom Kaiſer ſelbſt, oder von den administratores reipublicae ernannten iudices pedanei Reſtitution bewilligen dürften, keine anderen, jene aber auch nicht bloß, wenn ſie gerade für den Reſtitutionsproceß, ſondern auch wenn ſie für einen anderen Proceß ernannt wären, in welchem incidenter eine Reſtitution nöthig werde [12]). Welche Beamte hier unter den administratores reipublicae zu

11) Auf die iudicia rescissoria geht dieſe Bemerkung nicht; bei dieſen konnten allerdings iudices privati vorkommen, wovon weiterhin näher die Rede ſeyn wird. Nur eine einzige Stelle ſcheint der obigen Bemerkung im Wege zu ſtehen. Ulpian ſagt nämlich ein Mal, daß es zur disquisitio *iudicis* gehöre, ob die Abweſenheit, um derentwillen Jemand Reſtitution ſuche, auch gerecht geweſen ſey, l. 3. D. ex quib. caus. mai. (4, 6) Allein ſchon Ulpian braucht zuweilen den Ausdruck iudex für magistratus, l. 1. D. de iudic. (5, 1), l. 1. §. 3. D. de appell. (49, 1), und dies muß auch hier der Fall ſeyn, weil gerade für die Reſtitution wegen Abweſenheit aufs Beſtimmteſte bezeugt wird, daß der Prätor ſelbſt über den Reſtitutionsgrund zu entſcheiden habe, l. 16. D. ex quib. caus. mai. (4, 6).

12) l. 3. C. ubi et apud quem (2, 47).

verſtehen ſind, iſt Nebenſache, läßt ſich aber auch leicht angeben. Es ſind nicht die Municipalobrigkeiten, die freilich auch ſo benannt wurden [13]), aber mit dem Reſtituiren nichts zu thun hatten [14]), ſondern die verſchiedenen mit der höheren Verwaltung beauftragten Civil- und Militair-Gouverneure, die praefecti urbi und praetorio im ſpäteren Sinn, die vicarii, die Statthalter der einzelnen Provinzen, die duces und die magistri militum [15]). Nur dieſe konnte man mit Grund neben dem Kaiſer als die Verwalter oder Regenten des Staats bezeichnen, und nur dieſe ſollten nun nach Juſtinians Abſicht gleich dem Kaiſer iudices pedanei in Reſtitutionsſachen ernennen dürfen, nicht auch die mancherlei anderen Beamten, denen außerdem die Reſtitutionsbefugniß zuſtand [16]). Mehreren der Letzteren war auch ſchon früher die Beſtellung von iudices pedanei für die Reſtitution unterſagt worden. Namentlich hatte Conſtantin den Prätoren zur Pflicht gemacht, über Reſtitutionsgeſuche durchaus ſelbſt zu erkennen [17]), und den Procuratores Caesaris, die auch

13) l. 10. D. quod cuiusq. univ. nom. (3, 4), l. 12. C. de transact. (2, 4).

14) l. 26. D. ad municipal. (50, 1).

15) M. ſ. l. un. pr. C. ut omnes iudices (1, 49), l. 2. C. de his qui metu iud. non appell. (7, 67).

16) M. ſ. unten §. 28.

17) l. 1. C. de offic. praet. (1, 39) ... „Sane interponi ab eo (sc. praetore) decreta convenit, ut sive in integrum restitutio referenda est, probatis duntaxat causis, ab eodem etiam interponatur decretum."

in den vorigen Stand einſetzen konnten [18]), hatte bereits Gordian überhaupt die Ernennung eines iudex pedaneus verboten [19]).

Was nun aber die iudices pedanei betrifft, ſo iſt freilich die herrſchende Anſicht, dieſe für einerlei zu halten mit den Altrömiſchen iudicibus privatis. Indeſſen kann ich dieſe Meinung eben ſo wenig billigen, als die Hypotheſe von Hugo [20]), daß die iudices pedanei, wenigſtens in früherer Zeit, wohl Municipalobrigkeiten geweſen ſeyn könnten. Nur bei Schulting und Hop habe ich richtige Ideen über dieſelben gefunden [21]). Der iudex pedaneus, Griechiſch χαμαιδικαστής [22]), iſt am meiſten unſeren commiſſariſchen Richtern zu vergleichen, den iudicibus delegatis des Canoniſchen Rechts, welches letztere auch geradezu iudex pedaneus durch iudex delegatus wiedergiebt [23]). Sehr richtig ſagt daher die Interpretation im Alarichſchen Breviarium: „Pedanei iudices, id

18) l. 2. l. 3. C. si adv. fisc. (2, 37), l. 1. C. de iurisd. omn. iud. (3, 13).

19) l. 1. C. de iudic. pedan. (3, 3). Die Stelle enthält eigentlich nur die Auffriſchung eines viel älteren Grundſatzes l. 23. §. 1. D. de appellat. (49, 1).

20) Rechtsg. S. 875 d. 10ten Aufl.

21) Schulting Enarrat. ad tit. de iurisdict. §. 26. Hop de iudic. privatis c. 4. in Oelrich Thes. D. Belg. I, 2. p. 507 seq.

22) Theoph. Paraphr. IV, 15. pr.

23) In c. 9. X. de in integr. rest. (1, 41), worin die vorhin angeführte l. 3. C. ubi et apud quem (2, 47) copirt iſt.

est qui ex delegatione causas audiunt [24].“ Von den eigentlichen iudicibus privatis aller Art, dem iudex, dem arbiter, den recuperatores und den centumviri unterſchied ſich der iudex pedaneus weſentlich dadurch, daß er nicht erſt nach Einleitung der Sache vor dem magistratus eintrat, ſondern in den ihm übertragenen Sachen die Stelle des magistratus mit verſah, alſo die Sachen ganz von Anfang bis Ende vor ſich verhandeln ließ. Von dem mandatum iurisdictionis dagegen wich die Ernennung eines iudex pedaneus darin ab, daß Letzterer nicht im Allgemeinen zum temporairen Stellvertreter des ihn committirenden magistratus beſtellt ward, ſondern nur in ſpeciellen Beziehungen [25]. Die Kaiſer machten den Anfang mit der Ernennung ſolcher Commiſſaire, welche darum zuerſt iudices a principe dati hießen. Der Name iudex pedaneus kam erſt auf, als auch die magistratus anfingen, dergleichen Commiſſionen zu ertheilen, was indeſſen ziemlich bald geſchehen ſeyn muß,

24) Ad Pauli S. R. V, 28. §. 1. Höchſt wahrſcheinlich iſt auch in l. 16. C. de iudiciis (3, 1) unter iudex delegatus, ſo wie in l. 4. §. 3. C. de adv. div. iudicum (2, 8) unter arbiter delegatus der iudex pedaneus verſtanden, den in l. 6. C. eod. pedaneus arbiter genannt wird.

25) Der angegebene Begriff ergiebt ſich vorzüglich aus l. 2-5. C. de iudic. pedan. (3, 3), l. 29. C. de pactis (2, 3), l. 2. C. de libertis (6, 7), l. 4. D. de tutor. et cur. dat. (26, 5), l. 2. C. Th. de offic. rect. prov. (1, 7), Nov. 82.

weil bereits bei den claſſiſchen Juriſten davon die Rede iſt [26]). Uebrigens war es den Beamten nur in geringfügigen Sachen erlaubt, iudices pedanei zu conſtituiren [27]), und dann iſt auch noch zu bemerken, daß die Beamten nicht erſt in vorkommenden Fällen einen iudex pedaneus auszuſuchen pflegten, ſondern ſich gewöhnlich im Voraus eine Anzahl Männer auswählten, welche ſie dann, wo es nöthig war, committirten, und denen ſie auch wohl ein für alle Mal die kleineren Sachen übertrugen [28]). Kaiſer Zeno hatte ſogar dies den Beamten zur Pflicht gemacht, und die Zahl der Männer feſtgeſetzt, welche die Beamten auswählen dürften, um ſie als iudices pedanei zu gebrauchen, und noch weiter ging Juſtinian, der es dem Kaiſer vorbehielt, jedem ſeine iudices pedanei zu beſtimmen, wobei er noch hinzufügte, daß dieſe in allen Sachen, deren Gegenſtand nicht den Werth von 300 solidi aurei überſtiege, eintreten und daher beſtändig ſitzen

26) l. 4. D. de tut. et cur. dat. (26, 5), l. 3. §. 1. D. ne quis eum qui in ius voc. vi exim. (2, 7), l. 38. §. 10. D. de poen. (48, 19), Paul. V, 28. §. 1.

27) l. 2. C. Th. de off. rect. prov. (1, 7), l. 5. C. de iudic. pedan. (3, 3).

28) Daß man gewöhnlich angeſehene Männer, und daher namentlich auch Decurionen aus den Städten auswählte, liegt in der Natur der Sache. Daraus erklärt ſich, wie von Beſtrafung eines beſtochenen iudex pedaneus durch Ausſtoßung aus der Curia die Rede ſeyn kann, l. 38. §. 10. D. de poen. (48, 19), Paul. V, 28. §. 1, was vermuthlich die erwähnte Anſicht Hugo's erzeugt hat.

ſollten, wogegen bedeutendere Proceſſe nur vor den zum officium magistratus gehörigen beſoldeten Räthen oder Aſſeſſoren 29) ſollten verhandelt werden können 30).

Bei dem angegebenen Weſen der iudices pedanei, welches freilich wegen der Fremdartigkeit des Gegenſtandes mehr nur hat angedeutet, als ausgeführt werden können, kann es nun nicht befremden, wenn man bei den Römern darüber ſtritt, ob auch im Reſtitutionsproceß ein iudex pedaneus zuläſſig ſey. Da dieſer nicht bloß die Stelle des iudex privatus einnahm, ſondern, wo er vorkam, auch den magistratus ſelbſt vertrat, ſo konnte der Streit ſich eigentlich nur auf die Frage gründen, ob Reſtitutionsgeſuche den causis minoribus beizuzählen wären, in denen allein die iudices pedanei competent waren. An ſich konnte nichts dagegen einzuwenden ſeyn, daß ein Beamte ſeine anzuſtellende causae cognitio einem iudex pedaneus überließ, und die von Juſtinian unter gewiſſen Beſchränkungen genehmigte Ernennung ſolcher Commiſſaire für den Reſtitutionsproceß ſteht daher auf keine Weiſe in Widerſpruch mit dem Satze, daß die Verhandlung über

29) Ueber dieſe Räthe der Beamten in ſpäterer Zeit ſ. m. v. Savigny Geſch. des R. Rechts im Mittelalter B. 1. S. 79 f. und Tit. C. de adsessor. (1, 51), auch Nov. 60. c. 2, wo verordnet iſt, daß, wenn auch die Sache bloß vor den Aſſeſſoren verhandelt worden, der magistratus doch bei Fällung des Spruchs ſelbſt mit eintreten müſſe.

30) Nov. 82.

die Reſtitution zur extraordinaria cognitio magistratuum gehörte.

Nach dieſer nothwendigen Abſchweifung können wir jetzt den unterbrochenen Faden wieder aufnehmen. Der magistratus oder ſein Stellvertreter, der iudex pedaneus, konnte bei der Reſtitution einen doppelten Weg einſchlagen:

1. Er konnte gleich Beweis ſowohl der Läſion als des Reſtitutionsgrundes verlangen, und wenn er ſich von der Exiſtenz aller Bedingungen der Reſtitution überzeugt hatte, dieſe unbedingt und definitiv ertheilen, alſo den Verletzten unmittelbar in ſeinen früheren Rechtszuſtand einſetzen, wovon denn auch die Folge war, daß jeder Theil gleich herausgeben mußte, was er etwa von dem anderen erworben hatte. Dies hieß vorzugsweiſe: cognitione praetoria die Sache abmachen, wobei ein iudicium rescissorium gar nicht zur Sprache kam.

2. Er konnte aber auch die Verhandlung vorläufig bloß auf die Reſtitutionsgründe beſchränken, und nach deren Feſtſtellung die Reſtitution eventuell oder bedingt ertheilen, auf den Fall, daß der Implorant ſein angeblich verlornes oder wenigſtens verletztes Recht, überhaupt die Läſion im ordentlichen Proceß darthun werde. Der Implorant mußte dann, um zum Ziele

zu gelangen, ſo ferne die Reſtitution nicht in einem bereits anhängigen Proceß erbeten war, noch erſt die aus ſeinem behaupteten Recht entſpringende actio in rem oder in personam anſtellen und wie gewöhnlich vor ernannten iudicibus privatis durchführen, wobei es vom Ausfall dieſes Proceſſes abhing, ob ihm die Reſtitution etwas nützte oder nicht. War aber die Reſtitution in einer ſchon anhängigen Sache geſucht worden, ſo gewährte die eventuelle Reſtitution dem Imploranten die Befugniß, ſein angebliches Recht nach Verſchiedenheit der Umſtände, als Einrede, Replik oder Duplik vorzubringen und zu beweiſen, oder noch ein Rechtsmittel gegen das ſchon rechtskräftig gewordene Erkenntniß einzulegen. Der Grund, der die Römiſchen Magiſtrate bewog, häufig nur eine ſolche bedingte Reſtitution zu bewilligen, liegt ſehr nahe. Wenn Jemand gegen den durch Verjährung, Veräußerung, Verzicht oder auf andere Weiſe eingetretenen Verluſt des Eigenthums, oder einer Forderung, oder Servitut u. d. m. reſtituirt ſeyn will, ſo kann in der Regel der Beweis der Läſion nicht ohne den Beweis geführt werden, daß man wirklich das Eigenthum, die Forderung, die Servitut gehabt habe. Sehr begreiflich iſt es aber, wenn die Römiſchen Magiſtrate ſich oft ſcheuten, ihre ſummariſche, eigentlich nur auf die Reſtitutionsgründe berechnete Cognition, auch auf die viel wichtigere Frage, ob wirklich jene Rechte begründet

geweſen wären, auszudehnen und auch dieſe ſummariſch zu erledigen; wenn ſie es vielmehr gewöhnlich vorzogen, dieſe Frage ad ordinarium, wie unſere Praktiker ſagen würden, zu verweiſen, damit ſie im regelmäßigen Proceßverfahren erörtert würde. Nur ſetzte dies freilich voraus, daß eine ſolche Verweiſung ad ordinarium den Umſtänden nach Statt finden konnte, was, wie bald erhellen wird, nicht immer der Fall war. Dieſe eventuelle Reſtitution wird in den Quellen durch rescissa usucapione, alienatione, renunciatione, sententia etc., dare actionem vel exceptionem, vel appellationem, oder kürzer durch rescisso negotio dare iudicium bezeichnet [31]). Auch beziehen ſich darauf die Stellen, welche ſagen, der Verletzte, welcher reſtituirt werde, habe oder erhalte eine utilis actio oder exceptio [32]). Denn da dieſe Redeform auch in Beziehung auf Minderjährige gebraucht wird, in Anſehung deren wir doch das beſtimmteſte

31) §. 5. I. de act. (4, 6), l. 2. §. 1. D. si ex nox. causa ag. (2, 9), l. 9. §. 4. D. quod met. caus. (4, 2), l. 13. §. 1. D. de minor. (4, 4), l. 18. D. de interr. in iure fac. (11, 1), l. 32. §. 5. D. ad SCt. Vell. (16, 1), l. 35. pr. D. de O. et A. (44, 7), l. 3. C. de rest. mil. (2, 51), Gaius III. §. 84, IV. §. 38.

32) l. 7. §. 10. l. 25. pr. D. de minor. (4, 4), l. 21. §. 6. D. quod met. causa (4, 2), l. 28. §. 4 u. 5. l. 43. D. ex quib. caus. mai. (4, 6), l. 9. §. 4. D. de iureiur. (12, 2), l. 20. pr. D. de tut. et rat. distr. (27, 3), l. 3. §. 30. D. de SCto Silan. (29, 5), l. 41. pr. l. 48. §. 1. D. de fideiuss. (46, 1), l. 5. C. quib. ex caus. mai. (2, 54), l. 24. C. de R. V. (3, 32).

Zeugniß beſitzen, daß ihnen keine beſondere Klage zum Zweck der Erlangung der Reſtitution gegeben ſey [33]), ſo kann damit nur gemeint ſeyn, daß dem Verletzten durch die Reſtitution die Befugniß ertheilt werde, ſich einer Klage oder Einrede, mit einem Worte, eines iudicium rescissorium zu bedienen.

Zur Begründung der hier aufgeſtellten Sätze wird ein zweifacher Beweis erforderlich ſeyn: zunächſt daß es wirklich jene doppelte Reſtitutionsform bei den Römern gegeben habe; und dann, daß auch bei der bedingten oder eventuellen Reſtitution die Verhandlung über die Reſtitutionsgründe beendigt ſeyn mußte, bevor der Implorant auf das Auftreten im ordentlichen Proceß verwieſen werden konnte.

Beide Formen der Reſtitution ſind in folgender Stelle neben einander geſtellt:

„Ulpianus *libro XI ad Edictum.* Interdum autem restitutio et in rem datur minori, id est adversus rei eius possessorem, licet cum eo non sit contractum. Utputa rem a minore emisti et alii vendidisti, potest interdum adversus possessorem restitui, ne rem suam perdat, vel re sua careat, *et hoc vel cognitione praetoria, vel rescissa alienatione dato in rem iudicio* [34]).“

Man hat verſucht, nur das iudicium in rem rescissa

33) l. 24. §. 5. D. de minor. (4, 4).

34) l. 13. §. 1. D. eod.

alienatione von der restitutio in rem wider den gegenwärtigen Beſitzer, dagegen die cognitio praetoria von der restitutio in personam wider den erſten Käufer der Sache zu erklären. Dies bedarf indeſſen keiner Widerlegung, weil es zu deutlich zu Tage liegt, daß bei beiden Formen nur von der Reſtitution wider eine und dieſelbe Perſon die Rede iſt. Das von Ulpian gebrauchte Beiſpiel iſt auch gerade recht geeignet, die Anwendung beider Reſtitutionsarten anſchaulich zu machen. Denn behauptet der Minderjährige, Eigenthümer der von ihm verkauften Sache geweſen zu ſeyn, dann hat es allerdings Sinn und Bedeutung, demſelben, nach geführtem Beweiſe der Minderjährigkeit und des zu wohlfeilen Verkaufs, nur bedingungsweiſe Reſtitution zu bewilligen, nämlich mit der hinzugefügten Auflage, nun noch vermöge einer förmlichen Vindication der Sache ſein Eigenthum zu documentiren. Allein ganz anders ſteht es, wenn der Minderjährige irrigerweiſe eine fremde, ihm oder ſeinem Erblaſſer geliehene, vermiethete oder als Depoſitum anvertraute Sache für die ſeinige gehalten und in dieſer Meinung verkauft hat. Iſt dies zu wohlfeil geſchehen, ſo iſt er allerdings lädirt, weil er vom Eigenthümer mit der actio commodati, oder locati, oder depositi auf vollen Erſatz belangt werden kann, und es iſt daher Grund vorhanden, ihn in den vorigen Stand zu ſetzen, damit er durch Rückgabe der Sache

an den Eigenthümer ſeine Verbindlichkeit gegen dieſen ohne Schaden tilgen könne. Eine Klage, deren Anſtellung gegen den jetzigen Beſitzer der Sache dem Minderjährigen aufgegeben werden könnte, um die Sache wieder zu erlangen, fehlt aber durchaus, und es bleibt alſo nichts übrig, als cognitione praetoria zu helfen, und ohne Verweiſung des Imploranten auf ein iudicium rescissorium den Gegner deſſelben zur Herausgabe der Sache anzuhalten. Daß aber wirklich die cognitio praetoria in unſerer Stelle in dem angegebenen Sinn als unmittelbare Reſtitution genommen werden müſſe, dies wird vollkommen durch eine andere Stelle beſtätigt, welche genau denſelben Fall enthält:

„Iulianus *libro LVII Digestorum*.. Minor viginti quinque annis fundum vendidit Titio: eum Titius Seio. Minor se in ea venditione circumscriptum dicit, et impetrat cognitionem non tantum adversus Titium, sed etiam adversus Seium. Seius postulabat apud Praetorem, utilem sibi de evictione stipulationem in Titium dari: ego dandam putabam. Respondi, iustam rem Seius postulat: nam si ei fundus *praetoria cognitione ablatus fuerit*, aequum erit per eundem Praetorem et evictionem restitui [35])."

Wenn Ulpian irgend einen Zweifel darüber zuließe,

35) l. 39. pr. D. de evict. (21, 2).

ob die cognitio praetoria auch gegen den dritten Beſitzer eintreten könne, ſo würde er hier durch Julian verſcheucht, und zugleich geht Letzterer offenbar davon aus, daß bei der cognitio praetoria die Sache ohne neuen Proceß dem Gegner abgenommen werde, was übrigens auch noch mehrere andere Stellen zu erkennen geben [36]).

Nicht minder deutlich als bei Ulpian finden wir beide Reſtitutionsformen in einer Stelle von Macer, der nur zufällig die üblichen Benennungen dieſer Formen wegläßt:

„Macer *libro II de Appellationibus.* Inter minores vigintiquinque annis et eos, qui reipublicae causa absunt, hoc interest, quod minores annis, etiam qui per tutores curatoresve suos defensi sunt, nihilominus in integrum contra *rem iudicatam* restituuntur, cognita scilicet causa; ei vero qui reipublicae causa absit, caeteris quoque qui in eadem causa habentur, si per procuratores suos defensi sunt, hactenus in integrum restitutione subveniri solet, ut appellare his permittatur [37]).

36) l. 24. §. 4. D. de minor. (4, 4), l. 32. §. 4. D. de admin. tut. (26, 7).

37) l. 8. D. de in integr. rest. (4, 1). Eine Parallelſtelle iſt l. 42. D. de minor. (4, 4): „Ulpianus *libro II de offic. Proconsulis.* Praeses provinciae minorem in integrum restituere potest, etiam contra suam vel decessoris sui sententiam. Quod enim appellatio interposita maioribus praestat, hoc be-

Unbegreiflich iſt es, wie die Florentiniſche Handſchrift und die Baſiliken[38]) dazu kommen, ſtatt rem iudicatam hier rempublicam zu ſetzen, was alle Vulgathandſchriften nachmachen ſollen. Die Emendation des Goveanus[39]), rem iudicatam zu leſen, welche auch von Cujaz und vielen Anderen gebilligt wird[40]), iſt um ſo unbedenklicher, da ſelbſt, wenn man die Lesart rempublicam beibehalten wollte, die Stelle dennoch von der Reſtitution wider Urtheile verſtanden werden müßte, und nur gar nicht abzuſehen wäre, weshalb gerade der Fall eines mit einer Commüne geführten Proceſſes hervorgehoben würde. Wie dem aber auch ſeyn mag, ſo viel iſt auf jeden Fall klar, daß Macer ſagen will, wenn ein Minderjähriger gegen ein Urtheil reſtituirt werde, pflege man das Urtheil unbedingt zu caſſiren, alſo den Imploranten völlig wieder in den vorigen Stand einzuſetzen, wogegen wenn ein Volljähriger Reſtitution erhalte, ihm gewöhnlich nur geſtattet werde, noch gegen das Erkenntniß zu appelliren und dadurch zu verſuchen, ob er eine günſtigere Entſcheidung erwirken könne. Zu beachten iſt übrigens, daß Macer nur von minores und reipublicae causa absentes ſpricht, welche defensi geweſen ſind; denn wo Minderjährige oder in öffent-

neficio aetatis consequuntur minores."

38) Basil. X, 1, 8. T. I. p. 582.

39) Lecturae I, 44.

40) Schulting Notae ad Dig. ad leg. 8 cit.

lichen Angelegenheiten Abweſende unvertreten verurtheilt worden ſind, da hat dies nicht die Kraft einer Verurtheilung in contumaciam, ſondern iſt null und nichtig [41]). Außerdem iſt noch zu bemerken, daß man unſere Stelle auch nicht ſo verſtehen darf, als müſſe dem Minderjährigen durchaus immer unmittelbar cognitione praetoria geholfen werden. Dies geht, abgeſehen davon, daß Macer ſich ja auch nur des Ausdrucks „solet" bedient, aus einem Reſcript von Severus Alexander hervor, worin erklärt wird, daß ein Minderjähriger, der mit ſeinen Anſprüchen gegen den Vormund aus der Vormundſchaft, zum Theil abgewieſen worden ſey, auch dahin reſtituirt werden könne, daß er wegen des Fehlenden von Neuem klagen könne [42]), was augenſcheinlich ein „rescissa sententia dare actionem tutelae" iſt, indem bei der Reſtitution cognitione praetoria die angeblichen Anſprüche des Imploranten gleich ſummariſch von magistratus zu unterſuchen wären, und nach erfundener Richtigkeit derſelben, der Vormund ohne einen abermaligen Proceß zur Nachzahlung des Rückſtändigen angehalten werden müßte.

41) l. 45. §. 2. l. 54. pr. D. de re iud. (42, 1), l. 2. D. eum qui appell. in prov. defendi (49, 11), l. 14. C. de procur. (2, 13), l. 4. C. si adv. rem iud. (2, 27), l. 4. C. de rest. mil. (2, 51), l. 1. C. quib. ex caus. mai. (2, 54), l. 1. C. qui legit. pers. (3, 6), l. 3. C. si propt. publ. pensit. (4, 64), l. 6. C. quomodo et quando iudex (7, 43).

42) l. 1. C. si adv. rem iud. (2, 27). Ein ähnliches Reſcript von Antoninus

Auf den Gegenſatz der beiden Reſtitutionsarten dürfte ſich auch eine Stelle beziehen, die auf den erſten Blick freilich gar nicht hierher zu gehören ſcheint, aber bei näherer Betrachtung ſich als ſehr wichtig darſtellt:

„Ulpianus *libro XXII ad Edictum.* Si minor vigintiquinque annis detulerit (sc. iusiurandum) et hoc ipso captum se dicat, adversus exceptionem iurisiurandi replicari id debebit, ut Pomponius ait. Ego autem puto, hanc replicationem non semper esse dandam, sed plerumque ipsum praetorem debere cognoscere an captus sit? et sic in integrum restituere; nec enim utique quod minor est, statim et circumscriptum se docuit. Praeterea exceptio ista sive cognitio statutum tempus post annum vicesimum quintum non debet egredi [43]."

Der zu Grunde liegende Fall läßt ſich leicht conſtruiren. Ein Minderjähriger hat als Kläger den Eid deferirt, den der Beklagte geleiſtet hat, wodurch der Minderjährige verletzt zu ſeyn behauptet. So wie aber Ulpian die Sache darſtellt, könnte man leicht zu der Meinung verleitet werden, die Anſicht des Pomponius ſey dahin gegangen, daß der Kläger ſich gegen den Eid auf ſeine Minderjährigkeit berufen dürfe, ohne ſeine behauptete Läſion beweiſen zu müſ-

Caracalla enthält l. 45. §. 1. D. de minor. (4, 4).

43) l. 9. §. 4. D. de iureiur. (12, 2).

ſen. Es iſt aber ſchlechterdings unglaublich, daß Pomponius ſo gegen die erſten Regeln der Beweislaſt geſündigt haben ſollte. Wir dürfen mit Sicherheit annehmen, daß er nur an ein „rescissa exceptione iuramenti dare replicationem" gedacht und dies bloß zu laconiſch ausgedrückt habe. Auch nach Pomponius müßte demzufolge der Minderjährige Reſtitution gegen den Eid ſuchen; aber der Prätor hätte nach bewieſener causa restitutionis, hier der Minderjährigkeit, nicht auch ſelbſt die Läſion zu unterſuchen, ſondern den Imploranten anzuweiſen, von Neuem zu klagen, und gegen die Einrede des Eides als Replik die Behauptung vor dem iudex privatus aufzuſtellen und darzuthun, daß ſein Recht wirklich gegründet, der Eid alſo unrichtig, und folglich er, der Kläger, lädirt ſey [44]. Dadurch tritt dann auch Ulpians abweichende Meinung in das rechte Licht. Dieſe läuft nämlich darauf hinaus, daß der Prätor in der Regel beſſer thue, die ganze Sache cognitione praetoria zu beendigen, indem er zugleich die Läſion prüfe, d. h. unterſuche, ob der Implorant wirklich das behauptete Recht habe, und wenn er dies gegründet finde, ohne weiteren Proceß dem Gegner die Befriedigung des Imploranten anbefehle. Nur ſo läßt ſich, glaube ich, ein befriedigender Zuſammenhang in die Stelle hineinbringen. Anton

44) So iſt auch die Anſicht der Gloſſe ad l. 9. §. 4. cit.

Faber [45]), der ſich weitläufig über die Stelle verbreitet hat, nimmt zwar auch an, daß Pomponius nicht den Beweis der Läſion habe erlaſſen wollen, allein er irrt darin, daß er glaubt, der Minderjährige könne ipso iure ohne vorgängige Reſtitution von Seiten des Prätors die Replik vor dem iudex vortragen, daß der Eid unwahr ſey, wodurch Faber, was ganz unerhört iſt, dem iudex privatus, denn dieſen meint er, wenn er vom pedaneus iudex ſpricht, die Befugniß einräumt, auf eigene Hand eine Läſion aufzuheben.

Vielleicht möchte ſelbſt eine Anſpielung auf die doppelte Reſtitutionsform darin liegen, wenn Paulus die integri restitutio als „redintegrandae *rei* vel *causae* actio" definirt [46]), dabei der cognitio praetoria das Verlorne unmittelbar, die res ſelbſt, bei dem „rescisso negotio dare iudicium" nur ein Rechtsmittel, welches noch einen Proceß, causa, erfordert, wiedergegeben wird. Zum wenigſten entſpricht dieſe Deutung den Worten beſſer als die, welche wir bei Iſidor [47]) finden. Darauf will ich indeſſen kein ſonderliches Gewicht legen. Dagegen iſt hier noch eine Stelle anzuſchließen, die in mehr als einer Hinſicht aufklärend für das Römiſche Verfahren bei der Reſtitution iſt.

„Scaevola *libro II Digestorum*. Intra utile

45) Rational. ad Pand. ad leg. 9. §. 4. cit.

46) Paul. S. R. I, 7. §. 1.

47) Orig. V. c. 25. M. ſ. oben §. 3.

tempus restitutionis apud Praesidem petierunt in integrum restitutionem minores et de aetate sua probaverunt. Dicta pro aetate sententia, adversarii, ut impedirent cognitionem Praesidis, ad Imperatorem appellarunt; Praeses in eventum appellationis caetera cognitionis distulit. Quaesitum est: si finita appellationis apud Imperatorem cognitione, et iniusta appellatione pronunciata, egressi appellationem deprehendantur, an caetera negotia implere possint, quum per eos non steterit, quo minus res finem accipiat? Respondi: secundum ea quae proponerentur, perinde cognosci, atque si nunc intra aetatem essent [48])."
Der Zweck der Stelle iſt, auf eine billige Ausnahme von der Regel, daß in der der Reſtitution geſetzten Verjährungszeit die Reſtitution nicht bloß erbeten, ſondern auch die Verhandlung darüber beendigt werden müſſe [49]), aufmerkſam zu machen. Dabei zeigt uns aber Scävola zuvörderſt, daß im Reſtitutionsproceß vor allen Dingen über den Reſtitutionsgrund entſchieden ward, da dieſe Entſcheidung hier als Gegenſtand der Appellation vorkommt, ehe noch die anderen zum Behuf der Reſtitutionsertheilung auszumittelnden Punkte erledigt worden waren. Man erblicke darin ja nicht ein tumultuariſches Verfahren. Die zwiefache Reſtitu-

48) l. 39. pr. D. de minor. (4, 4).

49) M. ſ. unten §. 27.

tionsform machte es nothwendig, erſt über die causa restitutionis zu erkennen, um dann mit Sicherheit beurtheilen zu können, ob es zweckmäßiger ſey, daß der Prätor auch die Läſion ſelbſt unterſuche, oder daß der Implorant auf ein iudicium rescissorium verwieſen werde. Dann aber beweiſt die Stelle auch noch, daß bei der Reſtitution cognitione praetoria die Cognition ſich nicht bloß auf den Reſtitutionsgrund beſchränkte, da Scävola ja gerade hervorhebt, daß „caetera cognitionis" bis zum Ausfall der Appellation gegen das Erkenntniß über die Minderjährigkeit verſchoben worden wären, und ſich dafür erklärt, daß nach Abweiſung des appellirenden Gegners auch die andern Gegenſtände der Cognition vorgenommen werden könnten, überhaupt die ganze Sache beendigt werden könne, wenn auch inzwiſchen die Verjährungszeit der Reſtitution abgelaufen ſey.

Der Ausdruck cognitio praetoria in der entwickelten Bedeutung iſt übrigens nicht dem Reſtitutionsproceß allein eigenthümlich, ſondern wird eben ſo in anderen Fällen gebraucht, in welchen der magistratus qui iurisdictioni praeerat bei den Römern extra ordinem ſelbſt eine Sache unterſuchte und entſchied. Ein Beiſpiel gewährt der Streit über die väterliche Gewalt. Auf Anerkennung der väterlichen Gewalt kann man zwar immer mit einem praeiudicium oder einer vindicatio ex iure Quiritium im ordentlichen Proceß

klagen. Ausnahmsweiſe kann aber auch ein abweichendes Verfahren eintreten. Gegen einen Anderen nämlich, der dem Kläger ſein Kind vorenthält, findet auch das interdictum de liberis exhibendis Statt, und iſt es der angebliche filiusfamilias ſelbſt, der die väterliche Gewalt ableugnet, ſo kann in favorem patriae potestatis der Streit auch durch extraordinaria cognitio magistratus erledigt werden [50]. Mit Rückſicht darauf nun ſagt Ulpian: Petuntur liberi vel praeiudiciis, vel interdictis vel *cognitione praetoria* [51]. Es beruht dieſer Sprachgebrauch auf dem Grundſatz: „Ubi causae cognitio ibi praetor desideratur [52]," wobei, wie ſich von ſelbſt verſteht, praetor für magistratus qui iurisdictioni praeest überhaupt geſetzt iſt. Ich würde es für überflüſſig gehalten haben, dies zu bemerken, wenn nicht die Litteratur unſerer Lehre zum Theil die ärgſten Mißverſtändniſſe über den Sinn der cognitio praetoria enthielte. Einige laſſen dieſelbe ganz unbeachtet, Andere haben ſich höchſt irrige Vorſtellungen davon gebildet, von denen wir einige im folgenden §. anzuführen Gelegenheit haben werden. Vorzüglich hat Glück dieſelbe ganz unrichtig gedeutet. An einem Ort [53] verſteht er darunter das bei der even-

50) l. 3. §. 3 u. 4. D. de lib. exhib. (43, 30).

51) l. 1. §. 2. D. de R. V. (6, 1).

52) l. 105. D. de R. I. (50, 17), l. 27. pr. D. de procurator. (3, 3).

53) Opusc. iurid. fasc. II. p. 445 seq.

tuellen Reſtitution dem iudicium rescissorium vorhergehende iudicium rescindens [54]), und an einem anderen [55]) bezieht er die cognitio praetoria gar auf das Nachgeben des Beklagten vor Gericht, auf die cessio und confessio in iure, indem er meint, man habe im Fall eines ſolchen Nachgebens die Sache für cognitione praetoria erledigt erklärt, wofür er ſich unbegreiflicherweiſe auf die Stellen beruft, welche von dem erwähnten „liberi petuntur cognitione praetoria" reden, die, weit entfernt, zu einer ſolchen Erklärung Anlaß zu geben, vielmehr recht geeignet ſind, auf den richtigen Begriff der cognitio praetoria hinzuleiten.

Als einen zweiten Gegenſtand der Beweisführung haben wir vorhin bezeichnet, daß bei der eventuellen Reſtitution die Verhandlung über die Reſtitutionsgründe beendigt ſeyn müſſe, bevor der Implorant auf das Auftreten im iudicium rescissorium verwieſen werden könne. Schon die Formel: Rescisso negotio, rescissa usucapione etc. datur actio vel exceptio [56]), ſpricht ſehr für ein ſolches ſucceſſives Verhältniß von iudicium rescindens und rescissorium. Es wäre ſonſt wenigſtens nicht füglich zu erklären, wie ſich ein

54) Dadurch ſoll der l. 13. §. 1. D. de minor. (4, 4) Genüge geſchehen, was aber keineswegs der Fall iſt.

55) Opusc. iurid. fasc. II. p. 329 seq.

56) M. ſ. die Stellen in Note 31.

ſolcher Sprachgebrauch gebildet haben ſollte. Auch verdient die gewiß richtige Bemerkung von Cocceji [57]) Beachtung, daß, während mehrmals [58]) geſagt wird, das iudicium rescissorium werde den restitutis gegeben, nirgends davon die Rede iſt, daß es den restituendis bewilligt werde, wie doch geſchehen müßte, wenn kein iudicium rescindens vorherginge. Doch müſſen wir uns freilich nach entſcheidenderen Beweiſen umſehen, die aber auch nicht fehlen.

I. In mehreren Deutſchen Ländern, z. B. in Holſtein, iſt die Befugniß zu reſtituiren den Gerichten entzogen und der Landesregierung vorbehalten. Wo dies Statt findet, iſt es aber eine nothwendige Folge dieſer Einrichtung, daß das iudicium rescindens ein von der Verhandlung über die vermöge der Reſtitution wiedergegebenen Klagen, Einreden u. ſ. w. getrenntes Verfahren ausmachen muß. Das iudicium rescindens muß beendigt ſeyn, bevor die Sache an die Gerichte zur Verhandlung des iudicium rescissorium zurückgelangen kann. Daſſelbe Verhältniß mußte aber ſehr oft bei den Römern vorkommen. Denn obgleich die Municipalobrigkeiten Jurisdiction hatten [59]), ſo durften ſie doch, wie ſchon mehrmals erwähnt worden iſt, nicht Reſtitution ertheilen [60]), und wer alſo

57) Ius civ. contr. IV, 2. qu. 3.

58) Z. B. in l. 5. C. quib. ex caus. mai. (2, 54).

59) v. Savigny Geſch. des Röm. Rechts im Mittelalter B. 1. S. 30 f.

60) l. 26. D. ad munic. (50, 1).

bei ihnen eine Klage oder Einrede anbringen wollte, um derentwillen er erſt der Reſtitution bedurfte, der mußte ſich deshalb zuvörderſt an den Prätor, oder in ſpäterer Zeit an den Statthalter wenden, und nur wenn er hier Reſtitution erlangt hatte, konnte er mit jenen Rechtsmitteln vor den Municipalbehörden auftreten. Eben ſo verhielt es ſich, wenn in einem vor Schiedsrichtern geführten Proceß, Reſtitution nöthig ward, da die Schiedsrichter gleichfalls nicht ein Mal zur Ertheilung einer incidenter erbetenen Reſtitution befugt waren [61]), was freilich das Canoniſche Recht geändert hat [62]). Ja, daſſelbe konnte ſich ſogar in Proceſſen vor dem Prätor ſelbſt ereignen, ſobald die Sache bereits ex iure in iudicium gediehen war, und zu den iudiciis stricti iuris gehörte. Denn hatte man hier bei der litis contestatio eine Einrede vorzuſchützen verabſäumt, ſo mußte man erſt wieder beim Prätor Reſtitution ſuchen, um die Einrede als exceptio rescissoria vor dem iudex anbringen zu können [63]), und es verſteht ſich von ſelbſt, daß, bevor die Reſtitution erlangt war, der iudex die Einrede gar nicht berückſichtigen, alſo auch nicht auf eine Prüfung des Fundaments derſelben eingehen durfte.

II. Wenn Jemand wegen Abweſenheit oder eines

61) l. 3. C. ubi et apud quem (2, 47). l. 2. C. quib. ex caus. mai. (2, 54).

62) cap. 9. X. de in integr. rest. (1, 41).

63) Gaius IV. §. 125.

ähnlichen Hinderniſſes an der Wahrnahme ſeiner Rechte gegen eingetretene Uſucapion reſtituirt wird, dann ſollen, heißt es, ihm bloß ſo viele Tage wiedergegeben werden, als beim Beginn der Abweſenheit noch von der Uſucapionszeit übrig waren [64]). Dies kann nur auf die restitutio vindicationis rescissa usucapione gehen, und es kann damit nur gemeint ſeyn, daß dem Imploranten bei Gewährung der Reſtitution bloß geſtattet werden ſoll, innerhalb der durch die Abweſenheit verlornen Zeit ſeine Vindication anzuſtellen. Darin liegt offenbar aber einestheils, daß vom Prätor über die Reſtitution entſchieden, folglich auch die Zuläſſigkeit derſelben unterſucht ward, ehe es zum

64) l. 26. §. 7. D. ex quib. caus. mai. (4, 6). „Si feriae extra ordinem sint indictae, ob res puta prospere gestas, vel in honorem principis et propterea magistratus ius non dixerit, Caius Cassius nominatim edicebat, restiturum se, quia per Praetorem videretur factum; solemnium enim feriarum rationem haberi non debere, quia prospicere eas potuerit et debuerit actor, ne in eas incideret. Quod verius est, et ita Celsus libro secundo Digestorum scribit. *Sed cum feriae tempus eximunt, restitutio duntaxat ipsorum dierum facienda est, non totius temporis, et ita Iulianus libro quarto Digestorum scribit. Ait enim: rescissionem usucapionis ita faciendam, ut hi dies restituantur, quibus actor agere voluit, et interventu feriarum impeditus est.*" §. 8. eod. „*Quoties per absentiam quis non toto tempore aliquem exclusit, ut puta rem tuam possedi uno minus die, statuto in usucapionibus tempore, deinde reipublicae causa abesse coepi, restitutio adversus me unius diei facienda est.*"

iudicium rescissorium kam, anderntheils, daß nicht einmal die im iudicium rescissorium durchzuführende Klage mit dem Reſtitutionsgeſuch cumulirt zu werden brauchte, weil es völlig bedeutungslos geweſen wäre, in dem Reſtitutionsdecret eine Friſt zur Anſtellung einer bereits angeſtellten Klage vorzuſchreiben. Die obige Beſtimmung etwa ſo verſtehen zu wollen, daß der Vindicationsproceß gerade in der Zeit der durch die Abweſenheit verlornen Tage beendigt werden müſſe, wäre mit dem vorkommenden Beiſpiel unvereinbar, daß, wenn man nur einen Tag eingebüßt habe, auch nur ein Tag von Neuem zu bewilligen ſey [65]). Um zu klagen, konnte dieſer eine Tag im Nothfall wohl genügen, allein um einen förmlichen Proceß zu führen, reichte er auch bei aller Schnelligkeit der Römiſchen Juſtiz nicht hin. Und noch unzuläſſiger wäre es, den Sinn in die Beſtimmung hineinzulegen, daß man nach dem Aufhören der Abweſenheit oder des ſonſtigen Hinderniſſes innerhalb der dadurch verloren gegangenen Friſt das Reſtitutionsgeſuch ſelbſt einzureichen habe. Denn dafür gab es eine ganz andere Friſt [66]). Eine ungezwungene Erklärung geſtattet nur, die Friſt, die dem Imploranten zugeſtanden werden ſoll, auf das iudicium rescissorium, hier die Vindication, zu beziehen, und dies iſt wie-

65) M. ſ. die vorige Note a. E.

66) M. ſ. unten §. 27.

derum nicht möglich, wenn man ſich nicht die Verhandlung über das Reſtitutionsgeſuch, das iudicium rescindens, als vorhergegangen denkt. Es mußte ja doch erſt feſtgeſtellt ſeyn, ob wirklich ein Hinderniß an der Wahrnahme des Rechts des Imploranten Statt gefunden, und wie lange es gedauert habe, bevor dem Imploranten aufgegeben werden konnte, innerhalb der eingebüßten Zeit zu vindiciren, um zu beweiſen, daß er wirklich Eigenthümer der Sache geweſen ſey, die er wiederhaben wollte. Ganz auf dieſelbe Weiſe ſoll es aber auch in anderen Fällen der Reſtitution gegen Statt gefundene Verjährung gehalten werden, wenn das Hinderniß an der Geltendmachung des verjährten Rechts nicht die ganze Verjährungszeit hindurch gedauert hat [67]), und eben ſo ſoll auf der anderen Seite, wenn der Gegner durch die Reſtitution ein klagbares Recht zurückerhält, welches aber vor dem die Reſtitution begründenden Ereigniß ſchon zum Theil verjährt war, demſelben nur innerhalb der damals noch übrigen Friſt zu klagen geſtattet werden [68]).

67) Die Clem. un. de rest. in integr. (1, 11) ſpricht dies allgemein aus, und die in Note 64 angeführte Stelle giebt ja auch die Uſucapion nur als Beiſpiel an.

68) l. 50. D. de minor. (4, 4). „Pomponius *libro IX Epistolarum et variarum lectionum.* Iunius Diophantus Pomponio suo salutem. Minor viginti quinque annis novandi animo intercessit pro eo, qui temporali actione tenebatur, tunc, quum adhuc supererant decem dies, et postea in integrum restitutus est. Utrum restitutio, quae creditori adversus priorem debitorem

Dieſe Beſtimmungen ſind vorzüglich entſcheidend. Sie laſſen ſich ſchlechterdings nicht mit der Theorie vereinigen, welche kein dem iudicium rescissorium vorhergehendes iudicium rescindens anerkennen will.

III. Wer als Defenſor einen Proceß für einen Anderen geführt und geſiegt hat, der kann, wenn das Urtheil durch Reſtitution aufgehoben worden iſt, genöthigt werden, auch bei der neuen Verhandlung der Sache wieder die Vertheidigung des Beklagten zu übernehmen 69). Hier erſcheint demnach wiederum

datur, decem dierum sit, an plenior? Ego didici, ex tempore in integrum restitutionis tantumdem temporis praestandum, quantum supererat; tu quid de eo putas, velim rescribas. Respondit: sine dubio quod de temporali actione, in qua intercessit minor sensisti, puto verius esse. Ideoque et pignus, quod dederat prior debitor, manet obligatum."

69) l. 46. §. 3. D. de procurator. (3, 3). „Item quaeritur, si iudicium acceperit defensor, et actor in integrum restitutus sit, an cogendus sit restitutorium iudicium accipere? et magis placet cogendum." Man könnte die Stelle auch allenfalls von einem erſt im Reſtitutionsproceß, dem iudicium rescindens, eingetretenen Defenſor verſtehen; aber auch dann würde dieſelbe nicht weniger die Trennung des iudicium rescindens vom rescissorium beweiſen. — Dompierre a. a. O. tit. 1. §. 45. p. 58. hilft ſich gegen dieſe Stelle mit einer ſeltſamen Ausflucht. Er ſagt: „Duplex illa loquendi formula non ad unam, sed ad diversas spectat personas, prior *et actor restitutus sit*, pertinet ad minorem, posterior *iudicium restitutorium accipere* ad defensorem; atque in applicatione unius rei ad diversas personas diversis verbis utuntur homines." Daß hier von zwei Perſonen die Rede ſey, ſieht wohl jeder ohne Dompierres Nachweiſung; aber wie es dadurch möglich werde, von der Reſtitution

Verhandlung und Entſcheidung über die Reſtitution als etwas dem iudicium rescissorium Vorangegangenes.

IV. Eben dieſes ſucceſſive Verhältniß wird endlich auch noch in einer ſchon umſtändlich erörterten Stelle von Paulus angedeutet, worin dieſer bemerkt, daß zwar der Bürge eines betrogenen Minderjährigen ipso iure eine Einrede gegen die Schuld habe; daß dagegen aber, wenn der minderjährige Schuldner ohne Betrug lädirt ſey, derſelbe erſt Reſtitution (wegen Minderjährigkeit) erlangt haben müſſe, bevor ihm ſelbſt oder ſeinem Bürgen eine Einrede zuſtehe [70].

Hieran reihen ſich aber noch einige Fragen, durch deren Beantwortung erſt vollſtändige Einſicht in das Weſen des Römiſchen Reſtitutionsverfahrens und den eigentlichen Sinn mehrerer darauf bezüglichen Stellen erreicht werden kann. Die erſte dieſer Fragen iſt, ob es bei den Römern erlaubt war, das iudicium rescissorium mit dem Reſtitutionsgeſuch zu cumuliren? Dabei dürfen wir nun freilich nicht an eine Cumulation im heutigen Sinn denken. Bei unſeren ſchriftlichen Vorträgen iſt es möglich, neben der Bitte um Reſtitution gleich das gewünſchte Rechtsmittel mit ſei-

als etwas vor dem iudicium restitutorium Vorhergegangenem zu ſprechen, ohne daß ſie wirklich vorhergegangen zu ſeyn brauchte, dies hat Dompierre zu erklären vergeſſen.

70) l. 7. §. 1. D. de except. (44, 1). M. ſ. oben §. 13.

nem Fundament vollſtändig auszuführen. Das ging aber bei der Art und Weiſe, wie die Proceſſe vor den Römiſchen magistratus eingeleitet wurden, nicht an. Die wirkliche Anſtellung der Klage, die formelle editio actionis, konnte da erſt erfolgen, wenn man durch Erkenntniß über das Reſtitutionsgeſuch die Erlaubniß zum Klagen erhalten hatte, und auf gleiche Weiſe war der Gebrauch anderer reſciſſoriſcher Rechtsmittel bedingt. Unſere Frage darf alſo nur ſo verſtanden werden: ob die Reſtitutionsgeſuche gerade auf Zulaſſung dieſer oder jener Klage oder Einrede gerichtet werden konnten, oder ob man ſchlechthin um Wiedereinſetzung in den vorigen Stand anhalten mußte, der Beurtheilung des Prätors überlaſſend, in wie ferne die bedingte oder die unbedingte Reſtitution den Umſtänden nach der geeignete Weg der Hülfe ſey? So gefaßt, beantwortet ſich unſere Frage aber wohl von ſelbſt. Weshalb, wenn Jemand nicht mehr verlangte, oder den Umſtänden nach nicht mehr erwarten konnte, als zum Beweiſe ſeines verlornen Rechts in einem beſonderen iudicium rescissorium zugelaſſen zu werden, er nicht darum ausdrücklich hätte ſollen bitten dürfen, läßt ſich gar nicht begreifen. Ein Nachtheil konnte daraus unmöglich entſtehen. Ohne Zweifel war auch ein ſolcher Hergang nicht bloß zuläſſig, vielmehr gewöhnlich, und daher rührt es, wie ich glaube, daß nicht ſelten in den Quellen die actio rescissoria ſtatt

des dieſelbe vorbereitenden Reſtitutionsgeſuchs geſetzt wird. So heißt es z. B., wer aus feindlicher Gefangenſchaft befreit worden, der könne vermöge des hier eintretenden Poſtliminiums ſeine Sachen von jedem Beſitzer vindiciren und nicht bloß actione utili wieder in integrum restitutus, ſondern actione directa [71]. Wenn aber die Sachen inzwiſchen von Anderen uſucapirt worden wären, dann müſſe man ſich intra annum utilem der actio rescissoria bedienen [72]. Ganz ähnlich drückt ſich auch ein Reſcript über einen Fall aus, da beides, Erblaſſer und Erbe ſich in Gefangenſchaft befunden hatten, der Erblaſſer darin geſtorben, der Erbe aber nach der Rückkehr vermöge der fictio legis Corneliae zur Succeſſion gelangt war [73]. Es

71) l. 24. C. de R. V. (3, 32), l. 6. C. quib. non obiic. (7, 35), l. 9. C. de postlim. (8, 51).

72) l. 18. C. eod. „Ab hostibus captis et postliminio reversis, pro huiusmodi casu amissa, quae in eadem causa quidem durant, omnimodo directa; quae vero per usucapionem, vel liberationem ex bonis subtracta, vel non utendo finita esse videntur, intra annum utilem experientibus actione rescissoria restituuntur.“ Die Reſtitution kann hier indeſſen auch incidenter erbeten werden, indem man unmittelbar vindicirt, und erſt wenn die Einrede der Verjährung vorgeſchützt wird, dawider Reſtitution ſucht. l. 6. C. quib. non obiic. long. temp. praescr. (7, 35).

73) l. 5. C. ex quib. caus. mai. (2, 54). „Si ab hostibus cum patre ac matre captus, postea his ibi defunctis, legis Corneliae beneficio reversus, successiones eorum quaesisti: exemplo utilis actionis, quae in integrum restitutis datur, cum exceptionis annuae (quae huic obiici solet) obiectu,

iſt dies unſtreitig eine Ungenauigkeit, weil die Verjährungsfriſt der Reſtitution, der alte annus utilis, ſo wie das ſpäter dafür ſubſtituirte quadriennium continuum, ſich nur auf das Reſtitutionsgeſuch und die Verhandlung darüber, nicht auf das iudicium rescissorium bezieht; aber eben dieſe Ungenauigkeit deutet, dünkt mich, darauf hin, daß man gewohnt war, ein Reſtitutionsgeſuch als die mittelbare Anſtellung einer Klage anzuſehen, welches nur geſchehen konnte, wenn es gebräuchlich war, das Geſuch gleich auf Gewährung einer actio rescissoria zu richten.

Die zweite hier zu erörternde Frage iſt, in wie ferne es vom Ermeſſen des Prätors abhing, die unbedingte oder die eventuelle Reſtitution eintreten zu laſſen? Denn es wäre an ſich recht wohl denkbar, daß es darüber beſtimmte Regeln gegeben hätte. Natürlich beſchränkt ſich aber unſere Frage auf die Fälle, in welchen ein iudicium rescissorium möglich iſt. Wo es nämlich kein Rechtsmittel giebt, auf welches der Lädirte verwieſen werden könnte, da fällt das „rescisso negotio dare actionem" von ſelbſt weg, und es kann nur von der Reſtitution cognitione praetoria die Rede ſeyn. Einen Fall dieſer Art haben wir vorhin ſchon kennen gelernt, nämlich die Reſtitution gegen den aus Irr-

res vindicare non prohiberis." Der Schluß kann hier nur heiſſen, daß man innerhalb eines annus utilis auftreten muß, indem ſonſt die Einrede der Verjährung entgegenſteht.

thum geſchehenen Verkauf einer dem Verkäufer geliehenen, vermietheten, oder zur Aufbewahrung übergebenen Sache. Ein anderes Beiſpiel bietet die Reſtitution gegen die Antretung einer Erbſchaft. Die Gegner ſind hier die Erbſchaftsgläubiger [74]). Dem Imploranten durch die Reſtitution eine Klage wider ſeine Gegner zu geben, wäre daher völlig ſinnlos. Würde ihm aber bloß geſtattet, excipiendo um Wiedereinſetzung in den vorigen Stand nachzuſuchen, und ſeine Verletzung durch die Erbſchaft darzuthun, ſo müßte dies ſo oft wiederholt werden, als es Creditoren gefiele, klagend aufzutreten, und es wäre dabei gar nicht abzuſehen, wie die Reſtitution gegen die einzelnen Gläubiger den Erben von der ganzen Erbſchaft mit allen ihren Folgen befreien könnte. Der einfache Hergang iſt in dieſem Fall, daß man ein Reſtitutionsgeſuch gegen alle Creditoren auf ein Mal einreicht, ſie mögen klagen oder nicht, und wird dieſem Geſuch entſprochen, ſo hat dies gleiche Wirkung mit dem Abſtiniren eines suus heres [75]). Es tritt alſo ius accrescendi für die Miterben ein, ſo ferne ſie die erledigte Portion haben wollen [76]), oder es fällt die Erbſchaft an die Subſtituten, oder die nächſtfolgenden Erben, oder als bonum vacans an den Fiscus [77]), und an dieſe neuen Succeſ-

74) l. 29. §. 2. D. de minor. (4, 4). Nov. 119. c. 6.

75) l. 3. §. 2. l. 7. §. 4. D. de minor. (4, 4).

76) l. 55. l. 60. D. de adquir. hered. (29, 2).

77) l. 7. §. 10. D. de minor. (4, 4), l. 2. §. 3. D. de

ſoren müſſen ſich darum auch die Gläubiger halten, mit Ausnahme derjenigen, die etwa nicht über das Geſuch gehört worden ſind [78]).

Aehnliche Beiſpiele ließen ſich noch in Menge angeben, doch dieſe werden hoffentlich genügen, um zu zeigen, daß oftmals das „rescisso negotio dare iudicium" nicht zur Sprache kommen könne. Was nun aber die Fälle betrifft, in welchen beide Reſtitutionsformen anwendbar ſind, ſo iſt die Regel unzweifelhaft, daß der reſtituirenden Behörde auch die Wahl zwiſchen beiden Formen zuſtehe.

1. Für die Reſtitution wegen Minderjährigkeit beruht dieſes freie Ermeſſen auf beſtimmten Zeugniſſen [79]).

2. Bei der Reſtitution wegen Abweſenheit ſcheint zwar anfangs nur die eventuelle Reſtitution gebräuchlich geweſen zu ſeyn; denn im Edict de restitutione maiorum hieß es ja geradezu, der Prätor wolle intra annum actionem dare [80]), wobei man freilich actio im weiteren Sinn als Rechtsmittel überhaupt nehmen muß [81]), und Macer ſetzte, wie wir geſehen haben,

vulg. et pupill. subst. (28, 6), l. 2. D. de successor. edicto (38, 9), l. 6. §. 3. D. de bon. lib. (38, 1), l. 1. §. 10. l. 2. §. 10. D. ad SCt. Tertull. (38, 17).

78) l. 29. §. 2. D. de minor. (4, 4).

79) l. 13. §. 1. D. eod., l. 9. §. 4. D. de iureiur. (12, 2), und l. 8. D. de in integr. rest. verglichen mit l. 1. C. si adv. rem iud. (2, 27), u. l. 45. §. 1. D. de minor. (4, 4).

80) l. 1. §. 1. D. ex quib. caus. mai. (4, 6).

81) l. 28. §. 5. D. eod.

den weſentlichen Unterſchied der Reſtitution wegen **Minderjährigkeit** und wegen **Abweſenheit** bei Urtheilen darin, daß im erſten Fall das Urtheil unmittelbar cognitione praetoria umgeſtoßen, im letzteren Fall aber nur Appellation dawider geſtattet zu werden pflege [82]). Auch gehen die Stellen, welche ſich näher oder entfernter auf das Verfahren bei der restitutio maiorum beziehen, durchgehends davon aus, daß hier durch die Reſtitution iudicia rescissoria begründet würden [83]). Allein in ſpäterer Zeit ward das Verfahren hier weſentlich verändert. Senatsſchlüſſe und Kaiſerliche Conſtitutionen erlaubten den Magiſtraten auch bei der restitutio maiorum durch die cognitio praetoria die Sache abzumachen, ohne erſt den Imploranten auf ein iudicium rescissorium zu verweiſen, und **Calliſtratus**, deſſen Zeitalter zwar nicht genau bekannt iſt, der aber auf jeden Fall einer der ſpäteſten unter den in den Pandecten benutzten Juriſten war, ſtellt dieſes Verfahren ſchon als das gewöhnliche dar; denn nur ſo läßt ſich folgende Stelle von ihm verſtehen:

„**Callistratus** *libro II Edicti monitorii.* Hoc edictum (sc. de restitutione maiorum), quod ad eos pertinet qui eo continentur, minus in usu frequentatur. Huiusmodi enim personis extra

82) l. 8. D. de in integr. rest. (4, 1). caus. mai. (4, 6), l. 3. C. de resl. mil. (2, 51), l. 5. C.

83) l. 26. §. 7 u. 8. l. 28. §. 5 u. 6. l. 43. D. ex quib. caus. mai. (2, 54), l. 18. C. de postlim. (8. 51).

ordinem ius dicitur ex senatusconsultis et principalibus constitutionibus [84]."

Anton Faber [85]) hat das Verdienſt, die verſchiedenen unrichtigen Auslegungen dieſer Stelle in der Gloſſe und bei anderen älteren Juriſten widerlegt und gezeigt zu haben, daß die Stelle ſich nicht auf die analoge Anwendung des Edicts de restitutione maiorum vermöge der clausula generalis, wie der Anfang anzudeuten ſcheint, ſondern lediglich auf das Verfahren bei der Reſtitution bezieht, und nur ſo einen geſchichtlich haltbaren Sinn gewährt. Wirklich kommen auch unverkennbare Anwendungen der cognitio praetoria auf die restitutio maiorum vor [86]), und nach neuerem Römiſchen Recht iſt es daher keinem Zweifel unterworfen, daß den Magiſtraten auch hier wie bei der restitutio minorum zwiſchen beiden Reſtitutionsformen die Wahl zuſtehe.

3. Daſſelbe dürfen wir ferner für die Reſtitution wegen Zwangs behaupten. Die Zuläſſigkeit der eventuellen Reſtitution iſt hier ausdrücklich ausgeſprochen, indem geſagt wird, daß der Gezwungene nicht bloß die actio und exceptio metus habe, ſondern daß ihm auch rescisso negotio eine actio in rem oder in per-

84) l. 2. pr. D. ex quib. caus. mai. (4, 6).

85) Rational. ad Pand. ad leg. 2. pr. cit.

86) Z. B. in l. 6. C. quib. ex caus. mai. (2, 51).

sonam, oder eine exceptio gegeben werden könne [87]). Daneben findet ſich aber auch die unbedingte Reſtitution, da, wer zur Antretung einer Erbſchaft gezwungen worden iſt, auf den Grund des Zwanges Reſtitution dawider erhalten kann [88]), welches der Natur der Sache nach nur cognitione praetoria möglich iſt.

4. Ueber die Reſtitution wegen Betrugs und Irrthums ſind überhaupt die Quellen zu dürftig, um uns Materialien zur ſichern Beantwortung unſerer Frage zu liefern. Es iſt indeſſen kein Grund vorhanden, hier eine Ausnahme von der allgemeinen Regel anzunehmen.

5. Dagegen machte die Reſtitution wegen capitis diminutio höchſt wahrſcheinlich eine ſolche Ausnahme, ſo lange dieſelbe vorkam. Der Zweck dieſer Reſtitution war ja gerade, den durch die capitis diminutio des Schuldners um ihr Klagrecht gebrachten Creditoren ihre Klage wieder zu verſchaffen, und es war alſo ſehr natürlich, wenn der Prätor ſich hier begnügte, den Reſtitutionsgrund anzuerkennen, aber die Frage, ob auch wirklich eine Forderung vorhanden ſey, der Ausführung im ordentlichen Proceß überließ. Es konnte überdies ſogar der Fall ſeyn, daß ein Creditor gar nicht gleich

87) l. 9. §. 3. 4. 6. l. 21. §. 6. D. quod met. causa (4. 2).

88) l. 21. §. 5. D. eod. „Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamvis si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui; sed per Praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi facultas tribuatur."

Bezahlung wünſchte, wenn ſeine Forderung ſicher ſtand, ſo daß ihm gar nicht damit gedient geweſen wäre, wenn der Prätor, anſtatt ihm ſein Klagrecht zum beliebigen Gebrauch herzuſtellen, gleich cognitione praetoria die Sache beendigt, und dem Schuldner die unmittelbare Zahlung auferlegt hätte. Daher iſt in Rückſicht dieſer Reſtitution überall auch nur davon die Rede, daß rescissa capitis diminutione den Creditoren actio oder iudicium bewilligt worden ſey [89].

In dem Obigen glaube ich Alles erörtert zu haben, was zum Verſtändniß des Römiſchen Reſtitutionsproceſſes erforderlich iſt. Ein kurzes Reſümé, welches die gewonnenen Reſultate zuſammenfaßt und den Inhalt dieſes §. mit dem des vorigen in Verbindung bringt, dürfte aber paſſend hier die Unterſuchung ſchließen, als ein Mittel, das Ganze recht anſchaulich zu machen.

Ob auch zum Zweck der Anbringung eines Reſtitutionsgeſuchs die im ordentlichen Proceß nothwendige in ius vocatio des Gegners erlaubt geweſen ſey, darüber habe ich nirgends Aufſchluß finden können. Die Zuläſſigkeit derſelben ſcheint mir indeſſen nicht zu bezweifeln. Nur für etwas Weſentliches dürfen wir ſie nicht halten; denn nach der allgemeinen Theorie der causae extraordinarii iuris können wir mit Sicherheit annehmen, daß hier, wie in allen anderen Fällen

89) l. 2. §. 1. D. de cap. min. (4. 5). Gaius III. §. 84., IV. §. 38.

der extraordinaria cognitio, das Geſuch auch ohne Beiſeyn deſſen, wider den es gerichtet war, vorgetragen werden konnte, worauf dann der Prätor den oder die Gegner zur Erklärung über die Bitte vorlud. Erſchien nun der Gegner auf dieſe Ladung nicht, dann ging die Sache in ein eremodicium über, und es konnte in Folge des einſeitigen Antrags des Imploranten, ſo ferne derſelbe alle Erforderniſſe gehörig darthat, die Reſtitution gültig ertheilt werden, während ſonſt die mangelnde Vernehmlaſſung eines nicht ungehorſamen Gegners, die Reſtitution in Rückſicht ſeiner unwirkſam machte [90]. An eine beſondere Form war übrigens das Geſuch, ſo viel wir wiſſen, niemals gebunden, obgleich es ein Mal eine *solennis* postulatio genannt wird. Auch ward überhaupt die Sache ſummariſch, alſo ohne iudices privati verhandelt. Doch wandte man auch hier die Grundſätze über res litigiosae an, daher Alles bis zur Beendigung der Sache in statu quo bleiben mußte, und es waren auch Rechtsmittel gegen die abgegebenen Entſcheidungen geſtattet. Vor allen Dingen aber mußte immer die iusta causa restitutionis feſtgeſtellt werden, ſo daß darüber erkannt ward, ehe man ſich zur Prüfung der Läſion wendete [91], welches damit zuſammenhing, daß, nach richtig befundenem Reſtitutionsgrunde, ein zweifacher

90) M. f. §. 23. Note 8-10. 91) l. 39. pr. D. de minor. (4, 4).

Weg eingeſchlagen werden konnte. Es ſtand dem magistratus, ſo wie in ſpäterer Zeit dem etwa für die Sache von ihm ſubſtituirten iudex pedaneus frei, entweder ſelbſt auch gleich auf die Unterſuchung der ſonſtigen Erforderniſſe der Reſtitution einzugehen, und nach deren Conſtatirung unmittelbar die Wiederherſtellung des früheren Zuſtandes anzuordnen (restitutio cognitione praetoria), oder zur Ausführung des angeblich verletzten Rechts den Imploranten auf ein beſonderes Verfahren zu verweiſen, alſo die Reſtitution vorläufig nur bedingt zu gewähren (rescisso negotio dare iudicium restitutorium). Der letztere Weg, der bei der restitutio propter capitis diminutionem allein zuläſſig war, mußte vorzüglich dann paſſend ſeyn, wenn die Reſtitution in Beziehung auf einen bereits anhängigen Proceß geſucht war. Denn in dieſem Fall konnte der Zweck der Reſtitutionserbittung in der Regel nur ſeyn, noch mit einer Einrede, oder Replik, oder einem Beweis- oder Rechtsmittel zugelaſſen zu werden, und es war dann nichts natürlicher, als dem Imploranten bloß die Erlaubniß zur Vornahme dieſer proceſſualiſchen Handlungen zu ertheilen, wobei freilich der Nutzen der Reſtitution von der Durchführung der wiedergegebenen Einrede u. ſ. w. abhing. Aber auch wenn von keinem anhängigen Proceß die Rede war, konnte die bedingte Reſtitution Anwendung finden, indem dem Imploranten aufgegeben ward, klagend auf-

zutreten, um ſein behauptetes und angeblich verletztes Recht zu erweiſen, vorausgeſetzt, daß den Umſtänden nach eine Klage denkbar war. Ward auf dieſe Weiſe eine verjährte Klage hergeſtellt, alsdann durfte immer nur eine ſolche Friſt zur Anſtellung derſelben bewilligt werden, als von der Verjährungszeit vor dem Eintreten des Reſtitutionsgrundes noch übrig war. Im Uebrigen richtete ſich der Proceß, ſo wie die Competenz bei den actionibus rescissoriis ganz nach den gewöhnlichen Regeln, ohne daß die vorhergehende Reſtitution darauf einigen Einfluß hatte. Auch machte dieſe nicht ein Mal eine beſondere impetratio actionis überflüſſig. Bekanntlich hatte dieſe bei den Römern einen doppelten Zweck. Im Allgemeinen war es weiter nichts als die Bitte, gerade in dem Augenblick, wo der Kläger mit ſeinem Beklagten vor dem Magiſtrat erſchien, die Klage vortragen zu dürfen, da es dem Magiſtrat natürlich freiſtand, die Partheien, wenn er eben keine Zeit hatte, auf einen anderen Tag zu beſcheiden. Allein in den Fällen, wo ſich der Prätor vorbehalten hatte, nur causa cognita die Klage zu bewilligen, wie bei der actio de dolo, der actio quod metus causa, der hereditatis petitio partiaria, den Klagen gegen den filiusfamilias nach deſſen Austritt aus der väterlichen Gewalt, den Klagen wegen der Superficies, der actio iniuriarum des Herrn wegen Beleidigung ſeines Sklaven, der actio sepulchri

violati etc. [92]), da ging die impetratio actionis auch darauf, daß überhaupt die Klage geſtattet werden möge, weil der Prätor ſie hier aus mancherlei Gründen ganz verweigern konnte. In dem letzteren Sinn war nun freilich bei den actionibus rescissoriis keine impetratio actionis mehr nöthig, da die Erlaubniß zum Klagen an ſich in der Reſtitution lag. Hingegen in dem allgemeinen Sinn, als Bitte um Gehör in dem Moment, wo man vor Gericht erſchien, mußte die impetratio actionis bei den actionibus rescissoriis eben ſo gut vorkommen als bei anderen Klagen. Dies gilt auch nicht bloß für das ältere Römiſche Recht; denn die Theodoſiſche Verordnung:

> „Nulli prorsus non impetratae actionis in maiore vel minore iudicio agenti, opponatur exceptio, si aptum rei et proposito negotio competentem eam esse constiterit [93]),"

kann ſich nur auf die Klagen beziehen, welche nur causa cognita zugelaſſen wurden, da bei dem mündlichen Proceß der Römer, wobei der Kläger ungeladen mit einem Mal erſcheinen konnte, eine impetratio actionis in der allgemeinen Bedeutung ganz unent-

92) l. 9. §. 5. D. de dolo (4, 3), l. 14. §. 2. D. quod metus causa (4, 2), l. 4. C. de his quae vi (2, 20), l. 1. §. 5. D. si pars hered. pet. (5, 4), l. 2. pr. D. quod cum eo qui in al. pot. est (14, 5), l. 1. pr. D. de superfic. (43, 18), l. 15. §. 34. D. de iniuriis (47, 10), l. 3. pr. D. de sepulchro viol. (47, 12).

93) l. 2. C. de formulis et impetrat. act. sublatis (2, 58).

behrlich war. Wir werden unten Gelegenheit haben, von dieſer Bemerkung Gebrauch zu machen, weil falſche Vorſtellungen von der impetratio actionis auch erhebliche Irrthümer in der Lehre von der Reſtitution erzeugt haben.

§. 25.

3. Verſchiedene Anſichten über den Reſtitutionsproceß.

In dem vorigen §. ſind die verſchiedenen Meinungen der Neueren über das bei der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand zu beobachtende Verfahren faſt ganz übergangen worden, weil ihre Einmiſchung nur geſtört haben würde. Jetzt dagegen laſſen ſie ſich mit Leichtigkeit überſehen und würdigen, und ihre Prüfung wird zugleich dazu dienen, unſere entwickelte Anſicht zu beſtätigen. Es laſſen ſich vier Haupttheorieen unterſcheiden, die man gewiſſermaßen aber auch auf zwei zurückführen kann, weil zwei derſelben eigentlich nur Modificationen der beiden anderen ſind.

1. Die eine Meinung, der die meiſten älteren Juriſten beitreten, geht davon aus, daß das Römiſche Recht allerdings ein iudicium rescindens und rescissorium unterſcheide [1]).

1) Oddus l. c. P. I. qu. 1. art. 4. u. qu. 33. art. 1 u. f.; Duarenus ad Tit. D. de in integr. rest. c. 3. in Opp.

2. Eine andere Meinung hingegen, die vorzüglich in neueren Zeiten Eingang gefunden hat, will einen ſolchen Unterſchied nicht anerkennen. Der Verletzte, ſagt man, müſſe ſich der Klage, Einrede, Replik u. ſ. w. bedienen, welche er haben würde, wenn er keiner Reſtitution bedürfte, und dabei zugleich ſeine Reſtitutionsgründe vortragen. Ueber letztere werde dann nebenher verhandelt, indem man über das Fundament der Klage oder Einrede ꝛc. verhandele, und die Reſtitution erfolge, indem in Gemäßheit dieſer Rechtsmittel erkannt werde, ſo daß es zwar ein iudicium rescissorium, aber kein beſonderes, demſelben vorhergehendes iudicium rescindens gebe [2]).

Dies ſind die beiden Hauptſyſteme, woran ſich die beiden anderen anſchließen. So wenn

3. Einige unterſcheiden, ob man durch die Reſtitution ein **Rechtsmittel** oder eine **Sache** (causam vel rem) wiederhaben wolle, und in jenem Fall der

p. 75 u. f.; **Guil. Marani** Paratitla ad libros XLII. Digestorum, lib. IV. tit. 6: **Giphanii** Antinom. iuris lib. IV. disp. 37. Nr. 28 et 29; **Faber** de error. pragm. Dec. VII. err. 1; **Glück** de vita pet. rest. in integr. Sect. II. in Opusc. iurid. fasc. II. p. 257 u. f.; **Deſſ.** Comm. §. 134.

2) **Vinnii** Sel. qu. l. c. 10.; **I. A. Sinner** Diss. de act. resciss. Trai. ad Rhen. 1697. §. 37 u. f.; **Westenberg** Pr. iur. sec. ord. Dig. IV, 1. §. 14.; **Hoffacker** Princ. iur. §. 812.; **Dompierre** l. c. tit. 1. §. 45 u. f.; **Biener** l. c. cap. 2.; **S. W. Zimmern** de iudic. quod vocant rescind. et rescissor. Ienae 1826. 8.

erſten Meinung beipflichten, in dieſem hingegen ein bloßes iudicium rescindens ohne ein nachfolgendes iudicium rescissorium annehmen [3]); oder wenn

4. Andere ſich im Ganzen für die zweite Hauptanſicht entſcheiden, und nur in ſo fern davon abweichen, als ſie einräumen, was freilich unbeſtreitbar iſt, daß es Fälle gebe, in welchen eine Klage, oder Einrede, überhaupt ein ordentliches Rechtsmittel, deſſen ſich der Verletzte bedienen könnte, gänzlich fehle, weshalb hier dann ein ſelbſtſtändiges iudicium rescindens über das Reſtitutionsgeſuch zugelaſſen werden müſſe, während ſonſt davon keineswegs die Rede ſey [4]).

Was der zweiten, das iudicium rescindens verwerfenden Theorie, und daher beziehungsweiſe auch der vierten Meinung, entgegengeſetzt werden kann und muß, liegt im Weſentlichen ſchon im vorigen §. Der Grundfehler beſteht darin, daß man die Prätoriſchen Reſtitutionsklagen und Einreden, die actiones und exceptiones doli et metus, die actio Pauliana, die actio de alienatione iudicii mutandi causa, und die actiones Faviana und Calvisiana, als das Bett des Procruſtes behandelt, wonach man die eigentlichen in inte-

3) Henr. Cocceii Disp. de diversitate rescindentis quod vocant et resciss. iudicii eiusque effectibus. Frfti ad Viadr. 1692; Sam. de Cocceii Ius civ. contr. IV, 2. qu. 3.

4) Huber Prael. ad Pand. IV, 1. §. 4.; Thibaut Pandectenſyſtem. §. 1004; Wening-Ingenheim Lehrb. des Civilr. §. 554 der 3ten Aufl.

grum restitutiones zuſchneidet und ſtreckt. Bei jenen Rechtsmitteln findet allerdings keine Trennung von iudicium rescindens und rescissorium Statt, weil es im ordentlichen Proceß durchzuführende Klagen und Einreden ſind, die nur den Zweck mit der restitutio in integrum im engern Sinn gemein haben, während letztere an ſich nur die extraordinaria cognitio praetoris begründet, aber zufällig ein im ordentlichen Proceß zu verhandelndes Rechtsmittel, ein iudicium rescissorium nach ſich ziehen kann. Es iſt daher ſchon falſch, wenn man ſich die Reſtitutionsklagen als mit einem Reſtitutionsgeſuch cumulirte Klagen denkt; aber noch irriger, wenn man aus dieſer unrichtigen Vorſtellung den Schluß zieht, daß auch ein wirkliches Reſtitutionsgeſuch nach Römiſchem Recht mit einem anderen ordentlichen Rechtsmittel verbunden werden müſſe, obſchon es erlaubt war, das Geſuch auf die Zulaſſung eines ſolchen Rechtsmittels zu richten. Die älteren Römer kannten überhaupt keine Cumulation verſchiedener Rechtsmittel im heutigen Sinn; denn daß man mehrere gleichartige Anſprüche in einer Klage zuſammenfaſſen durfte [5], kann nicht als wahre Klagenhäufung gelten, weil man dabei nicht mehrere Klagen, ſondern eine Klage aus verſchiedenen Gründen anſtellte; und war es gleich erlaubt, gleichzeitig mehrere Klagen ge-

5) l. 25. §. 3—5. D. fam. herc. (10, 2), l. 52. §. 14. D. pro socio (17, 2), l. 10. D. de act. empti (19, 1).

gen denſelben Beklagten anhängig zu machen [6]), ſoferne ſie nur nicht denſelben individuellen Zweck und Gegenſtand hatten [7]), ſo fand doch darum keine gemeinſchaftliche Verhandlung dieſer verſchiedenen Klagen Statt [8]). Erſt als in der ſpäteren Kaiſerzeit der Gebrauch aufkam, anſtatt der kurzen formulae einen ordentlichen libellus actionis einzureichen, ward es möglich und zuläſſig, mehrere Klagen in **einem** Libell zu häufen [9]). Sollte es aber auch ſeitdem erlaubt worden ſeyn, wenn es Jemandem bei einem Reſtitutionsgeſuch nur um Gewährung einer actio rescissoria zu thun war, dieſe unmittelbar in einem libellus actionis vorzutragen, und darin zugleich ſchriftlich ſeine Bitte um Reſtitution anzubringen, ſo konnte dies doch keine gleichzeitige Verhandlung des zwiefachen Antrages zur Folge haben, weil vor allen Dingen die iusta causa restitutionis ermittelt werden mußte, ein Punkt, der lediglich zur eigenen ſummariſchen Cognition des Magiſtrats gehörte [10]), und weil auch ſelbſt, wenn

6) l. 11. pr. D. de iurisd. (2, 1). Quintil. Inst. Or. III. c. 10.

7) l. 76. §. 8. D. de legat. II. (31). l. 43 §. 1. D. de R. I. (50, 17). Eine Ausnahme trat ein, wenn man ausdrücklich erklärte, nur eine oder die andere von mehreren concurrirenden Klagen wirklich durchführen, aber erſt aus der Antwort des Beklagten erſehen zu wollen, welche Klage die vortheilhafteſte ſeyn dürfte, l. 1. §. 4. D. quod legat. (43, 3).

8) l. 6. D. de exc. rei iud. (44, 2).

9) l. 3. C. de ann. exc. Ital. contr. (7, 40).

10) l. 3. D. de in integr. rest. (4, 1). „Omnes in integrum restitutiones causa

dieſe Präliminarfrage zu Gunſten des Imploranten entſchieden worden war, das iudicium rescissorium ganz wegfallen konnte, ſobald es nämlich der Magiſtrat zweckmäßiger fand, cognitione praetoria die Sache abzumachen. Außerdem aber dürfen wir ſogar nach neuerem Römiſchen Recht jene als möglich zugegebene, aber nirgends erwähnte Verbindung des Reſtitutionsgeſuchs mit der actio rescissoria in einem Libell durchaus nicht für nothwendig anſehen. Denn ſonſt hätte Juſtinian nicht die alte Regel beibehalten können, daß bei der Reſtitution verjährter Klagen nur ſo viel Zeit zu bewilligen ſey, als man vor Eintritt des Reſtitutionsgrundes noch von der Verjährungszeit übrig gehabt habe, indem dieſe Regel eine nicht ſchon angeſtellte Klage vorausſetzt [11]).

Betrachten wir jetzt noch den eigentlichen Stützpunkt der hier beſtrittenen Anſicht, ſo wird man ſich auch leicht überzeugen, daß dieſer in der That außerordentlich ſchwach ſey. Es wird von den actionibus rescissoriis mehrmals geſagt, ſie enthielten die Fiction, daß der die Reſtitution veranlaſſende Verluſt nicht eingetreten ſey, welches der Kläger auch in der Klagformel ausdrücke, z. B. bei der actio rescissoria gegen den capite diminutus, indem er behaupte: die *capitis*

cognita a Praetore promittuntur, scilicet ut iustitiam earum causarum examinet, an verae sint, quarum nomine singulis subvenit." l. 39. pr. D. de minor. (4, 4).

11) M. ſ. §. 24. Nr. II.

diminutio habe nicht Statt gefunden, bei der vindicatio rescissoria in Betreff uſucapirter Sachen, durch die Behauptung: die Uſucapion ſey nicht erfolgt [12]). Dies ſoll nun beweiſen, daß die Reſtitution erſt durch die Anſtellung des iudicium rescissorium ſelbſt erbeten ward, alſo kein beſonderes iudicium rescindens vorkam [13]). Aber jene Fiction war doch wohl eben ſo gut möglich, wenn eine cognitio magistratus über den Reſtitutionsgrund der Klage vorhergegangen war, als wenn keine ſolche Cognition Statt gefunden hätte? Ja, ſie wird eigentlich erſt erklärlich, wenn man davon ausgeht, daß der Prätor immer zuvörderſt über den Reſtitutionsgrund entſchied, und daß folglich bei den iudiciis rescissoriis, ehe dieſe zur Sprache kamen, die Reſtitution bereits erfolgt war, nur bedingt, auf den Fall, daß der Implorant ſein angeblich verlornes Recht im ordentlichen Proceß darthun werde. Nur wer ſchon Reſtitution erhalten hatte, konnte mit Grund in ſeiner actio oder vindicatio rescissoria ſagen, daß die capitis diminutio oder die Uſucapion rechtlich nicht vorhanden ſey, wo-

12) Gaius IV. §. 38. §. 5. I. de act. (4, 6), l. 35. pr. D. de O. et A. (44, 7).

13) Zimmern a. a. O. beruft ſich auch noch auf die Analogie der querela inofficiosi, als einer hereditatis petitio, verbunden mit einer Bitte um Reſciſſion des Teſtaments. Allein die Analogie trifft nicht zu, weil bei dieſer Klage nicht der magistratus, ſondern die iudices, nämlich die centumviri, über den Reſtitutionsgrund zu entſcheiden hatten.

gegen es zum Wenigſten ſehr auffallend geweſen wäre, wenn der Verletzte von Vorn herein mit einer ſolchen Fiction hätte auftreten dürfen, bevor noch unterſucht und ausgemacht worden war, ob wirklich ein Grund zur Aufhebung des Geſchehenen vorliege. Und wo wäre ſonſt die cognitio magistratus geblieben, die doch in allen Reſtitutionsfällen eintrat [14]? Jene Fiction kann mithin den Gegnern keinen wirklichen Anhalt gewähren, und damit fällt zugleich die Behauptung von Einigen [15] hinweg, daß ſich ein ſummariſches Verfahren bei der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand nicht erweiſen laſſe, da dieſe Behauptung auch nur aus der Verwechslung der iudicia rescissoria mit dem eigentlichen Reſtitutionsproceß hervorgegangen iſt. Bei den iudiciis rescissoriis richtete das Verfahren ſich begreiflicherweiſe darnach, ob der Implorant auf eine actio in rem oder in personam, oder ein Interdict verwieſen worden war. Die Natur des Rechtsmittels beſtimmte hier die Proceßart. Allein daß das iudicium rescindens ſummariſch verhandelt ward, dies gehört zu den ſo unzweifelhaften Sätzen, daß darüber mit Fug gar kein Streit ſeyn kann [16].

Aber auch den Vertheidigern der beiden anderen Anſichten [17] kann man nicht unbedingt beipflichten,

14) M. ſ. Note 10.

15) Z. B. von Wening-Ingenheim a. a. O. §. 554.

16) M. ſ. §. 24. Note 8.

17) M. ſ. Note 1 u. 3.

ſobald man auf die Ausführung derſelben ſieht. Odous hat zwar im Weſentlichen richtige Begriffe, giebt ſich aber, wie gewöhnlich, nicht die Mühe, ſeine Sätze ordentlich aus den Quellen durch Erklärung oder auch nur Anführung der Belegſtellen zu begründen, was hier doch ſo nöthig iſt, wogegen er eine wahre Fluth von Auctoritäten citirt, die eben nicht geeignet ſind, ein günſtiges Vorurtheil für ſeine Deduction zu erregen, weil ſie in einer Menge unnützer Diſtinctionen und Spitzfindigkeiten vielfältig unklare und ſchiefe Vorſtellungen an den Tag legen [18]. Duarenus, welcher freilich unſeren Gegenſtand nur beiläufig behandelt, überſieht ganz die unbedingte Reſtitution per cognitionem praetoriam. Die beiden Cocceji ſcheinen zwar dieſen Fehler zu vermeiden, da ihrer Theorie zufolge, wo man eine Sache wiederhaben will, ein bloßes iudicium rescindens, welches ſie auch cognitio praetoria nennen, genügen ſoll. Es iſt dies indeſſen nur Täuſchung, denn ihre cognitio praetoria bedeutet nichts mehr und nichts weniger als die Prätoriſchen Reſtitutionsklagen, die actio de dolo, quod metus causa etc. Am umſtändlichſten, und mit dem größten

18) So haben z. B. Einige gemeint, der Ausdruck iudicium rescissorium s. restitutorium ſey nicht eine ſogenannte adiectitia qualitas der verſchiedenartigſten Rechtsmittel, gleich den Ausdrücken actio de peculio, quod iussu etc., ſondern bezeichne eine eigenthümliche Klage, welche den Reſtituirten gegeben werde.

Aufwande von Gelehrſamkeit, hat ſich Glück über die ganze Streitfrage verbreitet, und ein beſonderes iudicium rescindens nachzuweiſen geſucht. Obgleich aber ſeine Erörterung in der Litteratur des Römiſchen Proceſſes immer einen ehrenvollen Platz einnehmen wird, namentlich was die Geſchichte deſſelben betrifft, ſo kann man ſie doch keineswegs als eine gelungene Entwicklung des Reſtitutionsverfahrens anerkennen, ſelbſt wenn man von der ganz verkehrten Auffaſſung der cognitio praetoria abſieht, die ſchon im vorigen §. gerügt worden iſt [19]. Glück trennt weſentlich die beiden Fälle, wenn incidenter in einem ſchon anhängigen Proceß, und wenn außer einem ſolchen Reſtitution geſucht ward. Im letzteren Fall ſetzt er mit Woltaer [20], der eigentlich der Urheber der Glückſchen Theorie iſt, das Weſen der Reſtitution in die impetratio actionis. Man habe, meint er, hier immer die den Umſtänden nach anwendbare actio rescissoria anſtellen müſſen, aber alle actiones rescissoriae wären nur causa cognita zugelaſſen worden, indem der Prätor erſt unterſucht habe, ob ein Reſtitutionsgrund vorliege, und dies ſey die cognitio de in integrum restitutione geweſen, in Folge deren durch Geſtattung oder Verweigerung der Klage die Reſtitution ertheilt oder abgeſchlagen worden ſey. Auf dieſe Weiſe bringt

19) M. ſ. §. 24. Note 51-53.

20) Observ. ad ius civ. et Brandenb. pertinens. Fasc. I. Halae 1777. 8. obs. 23.

Glück ſcheinbar alle Reſtitutionsfälle auf eine Linie mit der actio de dolo und quod metus causa, die ihm auch ſichtbar zum Muſter gedient haben.

Schon aber der Umſtand macht dieſe Theorie unhaltbar, daß der Prätor gerade nur bei den beiden genannten Reſtitutionsklagen, nicht auch bei den übrigen, ſich eine vorgängige causae cognitio vorbehalten hatte. In Rückſicht der actio de alienatione iudicii mutandi causa, der actio Pauliana, und der actio Faviana und Calvisiana kommt davon nichts vor, wie es doch der Fall ſeyn müßte, wenn das Weſen der Reſtitution in einer bei der impetratio actionis eintretenden Cognition beſtanden hätte, während ſich dieſe Cognition auch bei einigen Klagen findet, die gar nichts mit der Reſtitution gemein haben [21]). Ueberdies bezog ſich bei der actio de dolo und quod metus causa die causae cognitio gar nicht auf den Reſtitutionsgrund, nämlich auf den Betrug oder Zwang ſelbſt, über deren Exiſtenz erſt der iudex erkannte, ſondern auf die Fragen, ob etwa auch andere Rechtsmittel begründet wären, ob vielleicht der Kläger auch die Pflicht der Ehrfurcht gegen den Beklagten habe, und ob der Gegenſtand der Klage nicht weniger als zwei solidi aurei betrage? und die Reſtitution erfolgte hier auch nicht durch die Zulaſſung der Klage, ſondern durch das arbitrium de restituendo des iu-

21) M. ſ. §. 24. Note 92.

dex mit der daran geknüpften Condemnation. Ferner müßte zur Aufrechthaltung der Glückſchen Meinung der unmögliche Beweis geführt werden, daß man bei Reſtitutionsgeſuchen nur um Gewährung einer beſtimmten Klage, nicht ſchlechthin um Wiedereinſetzung in den vorigen Stand habe bitten dürfen, und daß der Prätor bloß durch Geſtattung einer actio rescissoria, nicht unmittelbar (cognitione praetoria) zu helfen befugt geweſen ſey, zwei Punkte, worin eben der Hauptunterſchied eines Reſtitutionsgeſuchs von der impetratio actionis lag. Zum Ueberfluß kommt noch hinzu, daß, wenn Glücks Anſicht gegründet wäre, das eigentliche Weſen der in integrum restitutio völlig aufgehört haben müßte. Wirklich kommt auch Woltaer zu dieſer Conſequenz, nur nicht auf dem rechten Wege. Er geht davon aus, daß jetzt keine impetratio actionis mehr nöthig ſey, indem alle Klagen ipso iure zuſtänden. Auch die actiones rescissoriae könnten daher ohne eine beſondere Bitte um Reſtitution angeſtellt werden. Zwar müßten noch immer die Bedingungen der Reſtitution angegeben und erwieſen werden; allein nur als ein Theil des Klagfundaments, weshalb keine abgeſonderte Verhandlung und Entſcheidung darüber vorkomme, ſo wie man denn auch, wenn der Reſtitutionsgrund gleich den andern Erforderniſſen der Klage dargethan worden ſey, ein ſtrenges Recht auf Reſtitution durch Verurtheilung des Be-

klagten habe, unabhängig von allem billigen Ermeſſen des Richters. Woltaer knüpft daran noch einen anderen wichtigen Folgeſatz. Die Verjährungszeit der Reſtitution, der annus utilis nach altem und das quadriennium continuum nach neuerem Römiſchen Recht, ſoll nach ſeiner Behauptung ſich nur auf die bei den actionibus rescissoriis erforderliche impetratio actionis bezogen haben, mithin ſeit deren Wegfallen keine Anwendung mehr finden können, ſo daß man jetzt berechtigt ſey, mit einer actio rescissoria auf Reſtitution innerhalb der gewöhnlichen Verjährungszeit dieſer Klage, alſo regelmäßig innerhalb dreißig Jahre zu klagen. Sogar Glück ſcheint dieſen Woltaerſchen Conſequenzen nicht recht getraut zu haben, da er ſie in ſeinem Commentar ganz mit Stillſchweigen übergeht, nachdem er dieſelben früher in ſeinen Opusculis [22]) in Schutz genommen hatte, und wirklich kann es nicht leicht ein bodenloſeres Raiſonnement geben [23]). Es iſt dabei überſehen, daß bereits Conſtantin die impetratio actionis für unweſentlich erklärt hatte, welches gerade auf Fälle gehen muß, in welchen vorher nur causa cognita die Klage angenommen ward [24]). Schon damals müßte folglich das Eigenthümliche der Reſtitution und die beſondere Verjährung derſelben

22) Fasc. IV.

23) Eine Gegenſchrift gegen Woltaer iſt I. D. Reichard (praes. Koch) Diss. de praescript. rest. in integr. Giessae 1780, die ich aber nicht ſelbſt kenne.

24) M. ſ. §. 24. Note 92.

weggefallen ſeyn. Im directen Widerſpruch damit indeſſen hat noch Juſtinian neue Beſtimmungen über die Verjährung der Reſtitution erlaſſen, dieſe Verjährung alſo noch für anwendbar gehalten, und daß überhaupt noch die Prätoriſche Reſtitutionstheorie im Weſentlichen unverändert im Juſtinianiſchen Recht beſteht, wird wohl keines weiteren Beweiſes bedürfen.

Nicht minder falſch iſt die Anſicht von Glück über das Römiſche Verfahren in dem Fall, wenn man in einem anhängigen Proceß Reſtitution ſuchte. In dieſer Beziehung ſchließt ſich Glück den Neueren an, die ein beſonderes iudicium rescindens leugnen, meint mithin, daß der Verletzte ſich gleich der exceptio, replicatio, appellatio etc. rescissoria habe bedienen müſſen, ſo daß der Reſtitutionsgrund nur als eins der Fundamente des gebrauchten Rechtsmittels in Betracht gezogen und zugleich mit den übrigen verhandelt worden ſey [25]. Von den beiden Stellen, die er dafür anführt [26], gehört die eine gar nicht hierher, weil ſie nur von der exceptio metus ſpricht, und die andere beweiſt gerade das Gegentheil. Aber auch davon abgeſehen, war es ganz unmöglich, unmittelbar eine verlorne Einrede zu gebrauchen, ſobald die Sache ſchon ex iure in iudicium gediehen war, oder vor Municipalobrigkeiten oder einem Schiedsrichter verhan-

25) Glück Comment. §. 435. causa (4, 3), l. 9. §. 4. D.
26) l. 9. §. 3. D. quod met. de iureiur. (12, 2).

delt ward, weil weder der iudex noch die anderen genannten Perſonen reſtituiren konnten. Ein ſelbſtſtändiges Reſtitutionsgeſuch beim Prätor oder Statthalter war demnach wenigſtens in dieſen Fällen erforderlich und war es unſtreitig überall, eineſtheils, weil auch von den exceptionibus rescissoriis bemerkt wird, daß ſie eine vorgängige Reſtitution vorausſetzten [27]), anderntheils, weil eben ſowohl bei Reſtitutionsgeſuchen in einem anhängigen Proceß, als in anderen Fällen vorkommt, daß der Prätor, anſtatt reſciſſoriſche Rechtsmittel zu bewilligen, ſelbſt die Sache cognitione praetoria beendigen konnte [28]).

Als ein Hauptſchriftſteller über den Reſtitutionsproceß wird gewöhnlich auch Anton Faber a. a. O. genannt. Auch ſondert er richtig das iudicium rescindens vom rescissorium, und ſelbſt der Gegenſatz der Reſtitution cognitione praetoria und des rescisso negotio dare iudicium iſt ihm nicht ganz entgangen. Indeſſen ſcheint er nicht vollkommen klare Begriffe von dem Hergang gehabt zu haben; auf jeden Fall läßt ſeine ſehr kurze Ausführung nicht mit Sicherheit erkennen, in wie ferne er wirklich das Römiſche Reſtitutionsverfahren durchſchaut habe.

Es würde indeſſen zu weit führen, auch unbeloh=

27) l. 7. §. 1. in fine D. de except. (44, 1). M. ſ. §. 13.

28) l. 9. §. 4. D. de iure iur. (12, 2). M. ſ. §. 24. Note 43.

nend ſeyn, Alle, welche über unſern Gegenſtand geſchrieben haben, einzeln durchzugehen, vorzüglich da aus dem Obigen bereits die Hauptgebrechen der bisherigen Theorien hinlänglich erhellen dürften. Aber es bleibt zum Beſchluß dieſer Erörterung noch übrig, einen Blick auf das heutige Verfahren zu werfen.

§. 26.

4. Heutiges Verfahren.

Wenn, wie es jetzt gemeinrechtliche Regel iſt, jeder Richter und ſelbſt ein Schiedsrichter in den vor ihn geführten Proceſſen die Reſtitutionsbefugniß hat [1]), und wenn ferner die gerichtlichen Verhandlungen gewöhnlich ſchriftlich geführt werden, dann geht es allerdings an, und kann auch zur Vereinfachung der Sache dienen, bei reſciſſoriſchen Rechtsmitteln irgend einer Art dieſe unmittelbar zu entwickeln, als bedürfte man keiner Reſtitution, dabei aber beiläufig, ſey es vorn oder hinten, oder in einer beſonderen Nebeneingabe, das Reſtitutionsgeſuch mit ſeinen Gründen vorzutragen. Auch iſt es dann möglich, obgleich unnöthiger Proceßkoſten wegen gefährlich und daher verwerflich, daß der Richter die Entſcheidung über die Reſtitution bis zum Erkenntniß in der Hauptſache ausſetzt, ja, wohl gar

1) M. ſ. §. 28.

keinen beſonderen Beſcheid darüber abgiebt, ſondern nur mittelbar darüber erkennt, indem er am Ende in Gemäßheit des gebrauchten reſciſſoriſchen Rechtsmittels entſcheidet, oder daſſelbe verwirft. Man kann bei dieſem Hergange natürlich am beſten beurtheilen, ob es auch bei wirklich vorhandenen Reſtitutionsgründen doch den Umſtänden nach der Mühe werth ſey, die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand zu bewilligen? und bei der Reſtitution wider proceſſualiſche Verſäumniſſe, welche immer am häufigſten zu Reſtitutionsgeſuchen Anlaß geben werden, kommt noch hinzu, daß die Gefahr eines neuen Verzuges und eines neuen Verſäumniſſes nach ertheilter Reſtitution vermieden wird. Es iſt daher nicht gerade zu verwundern, wenn das hier angedeutete Verfahren Eingang in die Praxis gefunden hat, obgleich weniger der Nutzen deſſelben, als unrichtige Vorſtellungen vom Römiſchen Reſtitutionsproceß, dieſen Gerichtsgebrauch herbeigeführt zu haben ſcheinen.

Allein es kann noch immer eine Menge von Fällen vorkommen, in welchen ein iudicium rescissorium undenkbar iſt, wie bei der Reſtitution gegen eine Erbſchaftsantretung. Alsdann bleibt der Natur der Sache zufolge nichts übrig, als ein bloßes Reſtitutionsgeſuch einzureichen, wie auch alle diejenigen einräumen, welche an dieſe Fälle gedacht haben [2]. Zugleich kann

2) M. ſ. §. 25. Note 4.

es nicht zweifelhaft ſeyn, daß bei der Verhandlung über dieſes Geſuch nicht die Grundſätze des ordentlichen, ſondern des allgemeinen ſummariſchen Proceſſes in Anwendung zu bringen ſind, da es ja Regel iſt, wo nach Römiſchem Recht die extraordinaria cognitio Statt fand, ein ſummariſches Verfahren eintreten zu laſſen, in ſo ferne nicht ſpätere Rechtsquellen, oder eine ausgemachte Praxis, eine Ausnahme begründen. Eben ſo muß es aber auch gehalten werden, wenn im Fall der Verbindung des Reſtitutionsgeſuchs mit einem iudicium rescissorium der Richter, wie er immer ſollte, es zweckmäßig findet, die Entſcheidung über jenes Geſuch nicht bis zum Erkenntniß in der Hauptſache zu verſchieben, vielmehr die Hauptſache erſt bei erfundenen Reſtitutionsgründen zur Verhandlung zu ſtellen. Die Sache geſtaltet ſich dann vorläufig von ſelbſt ſo, als wäre von keinem iudicium rescissorium die Rede, daher denn hier wiederum eine ſummariſche Erörterung des Reſtitutionsgeſuchs eintreten muß, und daß dies wirklich geſchehe, iſt mir aus vielen, mir vorgekommenen, Beiſpielen bekannt. Dabei entſteht indeſſen noch die Frage, ob der Richter, bei hinreichender Veranlaſſung zur Reſtitution, nur das iudicium rescissorium geſtatten, oder auch noch, wie nach Römiſchem Recht, cognitione praetoria die ganze Sache abmachen dürfe? Begreiflicherweiſe enthält die Litteratur unſerer Lehre darüber nichts, weil die cognitio

praetoria durchgehends gar nicht beachtet, oder mißverſtanden wird. Die Praxis möchte aber, ſo viel ich habe in Erfahrung bringen können, dafür ſeyn, ſtets bloß den Imploranten mit ſeinem iudicium rescissorium zuzulaſſen, und im Ganzen erſcheint dies auch als empfehlungswerth. Es könnte ſonſt geſchehen, daß eine Streitfrage, die nach unſerer heutigen Proceßtheorie ad ordinarium gehört, bloß in Folge einer ſummariſchen Unterſuchung entſchieden würde, z. B. die Frage, ob der Implorant wirklich die Forderung oder Sache gehabt habe, gegen deren Verjährung er Reſtitution ſucht? Hier iſt es offenbar beſſer, zunächſt nur über den Reſtitutionsgrund zu erkennen, aber zur Feſtſtellung des angeblich verletzten Rechts den Imploranten die mit ſeinem Geſuch cumulirte Klage im ordentlichen Wege Rechtens durchführen zu laſſen, damit der Beklagte nicht wenigſtens in der Form des Verfahrens beeinträchtigt werde.

Obgleich wir es aber vorhin als heutzutage üblich dargeſtellt haben, wo von einem remedium rescissorium die Rede ſeyn kann, dieſes beim Vortrage des Reſtitutionsgeſuchs ſogleich mit einzureichen, ſo folgt daraus doch nicht, daß dies auch nöthig ſey. Hört man freilich unſere ſchreibenden Praktiker, ſo wäre hier eine ſolche ſeparate Einreichung des Reſtitutionsgeſuchs durchaus unſtatthaft. Aber in der Natur der Sache liegt kein zureichender Grund dafür, und die Praxis

ſelbſt kehrt ſich auch nicht an jene Behauptung. Noch im Jahr 1829 habe ich als Mitglied des Kieler Spruchcollegii über ein Reſtitutionsgeſuch zu referiren gehabt, welches eine Minderjährige wider den Verzicht auf ein Legat vorgebracht hatte, und womit die reſciſſoriſche actio ex testamento nicht eventuell cumulirt war, ohne daß irgend Jemand in den mehreren Inſtanzen, durch welche die Verhandlung über dieſes Geſuch gegangen war, Anſtoß daran genommen hätte. Ein entgegengeſetztes Verfahren würde auch zur Folge haben können, daß der Verletzte ohne ſeine Schuld um ſeinen Anſpruch auf Reſtitution käme, da dieſe der Verjährung unterworfen iſt. Geſetzt, ein Minderjähriger hätte in ſeinem 25ſten Jahr, verſteht ſich mit Conſens des Curators, durch Vergleich oder aus anderen Gründen eine erſt nach zehn Jahren fällige Forderung aufgegeben, aber auf eine nachtheilige Weiſe, ſo daß die Erforderniſſe der Reſtitution vorhanden wären. Seine reſciſſoriſche Klage aus der Forderung könnte er erſt in ſeinem 35ſten Jahre anſtellen. Müßte er nun aber auch mit der Bitte um Reſtitution bis dahin warten, ſo würde dieſe inzwiſchen längſt verjährt ſeyn, und ihm am Ende weder eine Klage noch die Bitte um Herſtellung derſelben mehr offen ſtehen. Und ſelbſt abgeſehen von der Verjährung, könnte die Verſchiebung des Reſtitutionsgeſuchs bis dahin, wo auch das remedium rescissorium anwendbar wäre, von den größten Nach-

theilen für den Lädirten ſeyn, was ein wirklich vorgekommener Fall erläutern mag. Der junge Erbe eines bedeutenden Handlungshauſes war mit Einwilligung ſeines gutmüthigen, aber kurzſichtigen Curators verleitet worden, eine ſehr beträchtliche und zugleich äußerſt gefährliche Bürgſchaft zu übernehmen. Kaum war dies ruchtbar geworden, als eine Menge Leute, die Geld in ſeiner Handlung ſtehen hatten, dies herauszuziehen anfingen, und das Haus dadurch dem Bankbruch nahe kam, der noch durch eine zeitig geſuchte und erlangte Reſtitution ex capite minorennitatis gegen die unvorſichtige Verbürgung abgewandt ward. Hätte hier mit dem Reſtitutionsgeſuch gewartet werden müſſen, bis aus der Bürgſchaft geklagt worden wäre und die Reſtitution excipiendo hätte erbeten werden können, ſo wäre die Hülfe viel zu ſpät gekommen, denn der eingetretene Concurs hätte ſich doch nicht wieder beſeitigen laſſen. Man wende nicht ein, daß ſich nach heutiger Praxis die Anſtellung einer Klage durch die provocatio ex lege diffamari beliebig erzwingen laſſe, alſo die Möglichkeit eröffnet ſey, ſelbſt als Einrede immer zur rechten Zeit das Reſtitutionsgeſuch anzubringen. Jene Provocation ſetzt doch einen zweifelhaften Anſpruch voraus, wozu ein Recht nicht ſchon darum gezählt werden kann, weil möglicherweiſe auf dem Wege der Reſtitution eine Einrede dawider gewährt werden könnte.

Jetzt läßt ſich einem ſehr verbreiteten Irrthum begegnen, der wichtig genug iſt, um ſpeciell widerlegt zu werden. Die Verjährung der Reſtitution ſoll ſich, wie Viele behaupten [3]), nicht auf verlorne Einreden beziehen, weil man dieſe erſt gebrauchen könne, wenn es dem Gegner zu klagen gefalle, was der Verletzte nicht in ſeiner Gewalt habe. Für verlorne Repliken gegen mögliche Einreden, giebt man zu, gelte die Verjährung auch, da der Kläger ſo zeitig ſeine Klage anſtellen könne, um zur rechten Zeit ſeine Replik, wenn ſie nöthig werde, vorſchützen, und dabei um Reſtitution derſelben bitten zu können. Auch iſt dieſe Anwendung der Reſtitutionsverjährung ausdrücklich ausgeſprochen [4]). Nur bei Einreden ſoll es anders ſeyn. Dieſe Behauptung hätte nun wirklich die Billigkeit für ſich, ſobald man gegen den durch Verzicht oder auf andere Weiſe herbeigeführten Verluſt einer Einrede erſt in dem Augenblick um Reſtitution anhalten dürfte, wo man die Einrede gebrauchte. Iſt es aber, wie gezeigt worden, erlaubt und möglich, ſich des Reſtitutionsgeſuchs ſchon früher zu bedienen, dann erhellt nicht, warum man

3) Z. B. Anton Faber Ration. ad Pand. ad leg. 9. §. 4. D. de iureiur.; Glück Commentar B. 5. §. 439. S. 446.; Wening-Ingenheim Lehrb. des Civilr. §. 554. der 3ten Aufl. (12, 2) ... „Praeterea exceptio iſta ſive cognitio ſtatutum tempus poſt annum viceſimum quintum non debet egredi.“ Dem Zuſammenhang zufolge iſt hier unter exceptio eine replicatio gemeint.

4) l. 9. §. 4. D. de iureiur.

hier eine Ausnahme von den allgemeinen Regeln über die Verjährung der Reſtitution machen ſollte, zu der die Quellen keine Anleitung geben. Wenn daher ein Minderjähriger bei Schließung eines Vertrages zugleich verſprochen hätte, ſich daraus vor einem ſonſt incompetenten Gericht belangen zu laſſen, und dieſer Punkt des Vertrages wäre ihm, etwa durch weite Entfernung des Gerichts, dem er ſich unterworfen, nachtheilig, ſo müßte er vor Ablauf von vier Jahren nach ſeiner Majorennität um Aufhebung jenes Verzichtes auf die exceptio fori incompetentis anſuchen; keineswegs hingegen könnte er noch damit kommen, wenn viele Jahre nachher aus dem Vertrage geklagt würde, und dann erſt um Reſtitution bitten. Beweiſe für das Gegentheil giebt es auch gar nicht. Zwar beruft man ſich auf die bekannte Unverjährbarkeit der Einreden [5]), die hier aber gar keinen Einfluß haben kann, wenn man nur im Auge hält, daß auch jetzt noch das Reſtitutionsgeſuch etwas von den remediis rescissoriis Verſchiedenes ſey, und obwohl gewöhnlich zugleich damit vorgetragen, doch auch getrennt angebracht werden könne. Mögen vorhandene Einreden immerhin nie verjähren, eine ganz andere Frage iſt doch, ob auch die Bitte um Herſtellung einer nicht mehr vorhandenen Einrede eben=

5) Nach l. 5. §. 6. D. de doli exc. (44, 4), l. 5. C. de except. (8, 36). M. ſ. darüber Webers Beitr. zu der Lehre von gerichtl. Klagen u. Einr. 4te Aufl. Leipz. 1820. S. 7 f.

falls nicht verjähre, wofür jener Umſtand nichts entſcheidet. Diejenigen haben daher ſehr Recht, welche verlangen, daß auch wer eine Einrede eingebüßt habe, der Gegner möge klagen oder nicht, innerhalb der der Reſtitution geſetzten Verjährungsfriſt um Wiedereinſetzung in den vorigen Stand bitten müſſe, widrigenfalls aber ſeinen Anſpruch darauf verliere [6]), und braucht es gar nicht einmal als eine Singularität betrachtet zu werden, daß bei der exceptio doli keine ſolche zeitige Auswirkung derſelben gefordert wird [7]), da dieſe an ſich nicht zu den reſciſſoriſchen Einreden gehört, ſondern ipso iure, ohne vorgängige Reſtitution, dem Betrogenen zuſteht. Die Verjährung der Reſtitution in Anwendung auf Einreden hat auch ſogar das Zeugniß von Juſtinian ſelbſt für ſich. Denn iſt die exceptio non numeratae dotis durch Verjährung verloren gegangen, ſo ſoll man allerdings Reſtitution dawider erhalten können, wobei aber die

6) Es gehören hierher: Oddus P. I. qu. 35. art. 7, der noch eine Menge älterer Juriſten anführt; ferner Mevii Decis. P. III. dec. 333; Lauterbach Colleg. Pand. IV, 6. §. 28; Cocceii ius civ. contr. IV, 2. qu. 10. Von Glück Comm. §. 439* Note 58. werden noch mehrere andere citirt. Schief iſt indeſſen der von allen dieſen Auctoritäten aufgeſtellte Grund, daß diejenigen Einreden der Verjährung unterworfen wären, welche auch auf dem Wege der Klage geltend gemacht werden könnten; es müßte denn hier unter einer Klage das Reſtitutionsgeſuch verſtanden ſeyn.

7) l. 5. §. 6. D. de doli exc. (44, 4).

Verjährungsfriſt für dieſe Reſtitution noch kürzer als in anderen Fällen beſtimmt iſt [8].

§. 27.

VII. Von der Verjährung der Reſtitution [1].

Die eigenthümliche Prätoriſche Friſt der tempora utilia [2], innerhalb deren die meiſten im Edict eingeführten Rechtsmittel gebraucht werden mußten [3], finden wir auch in der Reſtitutionslehre wieder, indem nach älterem Recht die Erbittung der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand [4], wie die Anſtellung der Prä-

8) Nov. 100. c. 2. M. ſ. §. 27. Note 65.

1) Cod. II, 53. „De temporibus in integrum restitutionis, tam minorum et aliarum personarum quae restitui possunt, quam heredum eorum." — Glück de vita pet. restit. in integr. c. 3. (in Opusc. fasc. IV. S. 1 f.) Deſſ. Comm. B. 5. §. 439. S. 432 f.; Unterholzner Verjährungslehre §. 151-155. der 2ten Ausg.

2) In l. 19. D. de minor. (4, 4), l. 5. l. 6. C. de temp. in integr. rest. (2, 53) wird der annus utilis zwar anſcheinend auf leges zurückgeführt, aber wir finden die tempora utilia immer nur bei Inſtituten des ius honorarium; auch ſagt l. 35. D. de O. et A. (44, 7), die Reſtitution verjähre darum in einem annus utilis, weil ſie gegen das ius civile ertheilt werde. Lex iſt in jenen Stellen, wie in l. 7. c. de temp. in integr. rest. (2, 53) zu nehmen, wo unverkennbar „veteres leges" die Prätoriſchen Edicte bezeichnen.

3) Gaius IV. §. 110; pr. I. de perp. et temp. act. (4, 12), l. 2. D. quis ordo in bon. poss. serv. (38, 15).

4) l. 14. §. 1. D. quod met. causa (4, 2), l. 6. D. de

toriſchen Reſtitutionsklagen [5]) auf die Zeit eines annus utilis beſchränkt war, wovon nur die restitutio propter capitis diminutionem, welche zu jeder Zeit geſucht werden konnte, alſo eine restitutio perpetua war, eine Ausnahme machte [6]). Conſtantin der Große, der ſich viel um die Verjährung der Reſtitution bekümmert zu haben ſcheint, da wir nicht weniger als vier verſchiedene Conſtitutionen darüber von ihm beſitzen, wich hier, wie in ſo vielen Dingen, zuerſt von der alten Regel ab. Zuvörderſt beſtimmte er a. 312, daß ein Minderjähriger, welcher venia aetatis erhalten habe, wegen früherer Verletzungen nicht bloß während eines annus utilis nachher, ſondern immer bis zum vollendeten fünfundzwanzigſten Lebensjahr Reſtitution erbitten dürfe, wobei er auch noch die Verjährungszeit für Erben des Verletzten genau angab [7]). Darauf verwandelte er a. 319, was freilich nur mittelbar hierher gehört, für die actio de dolo den annus utilis in einen annus continuus und

alien. iud. mut. causa (4, 7), l. 1. pr. l. 6. §. 14. D. quae in fraud. cred. (42, 8), l. 8. C. de dolo (2, 21).

5) l. 19. l. 39. pr. D. de minor. (4, 4), l. 1. §. 1. D. ex quib. caus. mai. (4, 6), l. 54. D. de iudic. (5, 1), l. 66. pr. D. de ritu nupt. (23, 2), l. 28. §. 3. D. de lib. et posth. (28, 2), l. 35. pr. D. de O. et A. (44, 7), l. 1. l. 2. C. de rest. mil. (2, 51), l. 6. C. de interd. matr. (5, 6), Lex Rom. Burgund. tit. 38.

6) l. 2. §. 5. D. de capite minutis (4, 5.)

7) l. 5. C. de temp. in integr. rest. (2, 53).

ſetzte außerdem der Dauer des Proceſſes eine zweijährige Friſt, von Erhebung der Klage an gerechnet [8]); eine Beſtimmung, die bei ihrer Aufnahme ins Corpus Juris durch Interpolationen dahin abgeändert worden iſt, daß die actio de dolo überhaupt in einem biennium continuum anzuſtellen und abzumachen ſey [9]). Dann erließ er a. 327 eine weiterhin näher zu berückſichtigende Verordnung über Dilationsgeſuche in Beziehung auf die in integrum restitutio [10]), und endlich verfügte er a. 329, daß auch die restitutio minorum nicht mehr in einem annus utilis, ſondern in Rom und deſſen Umgebung bis zum hundertſten Meilenſtein [11]) innerhalb fünf, im übrigen Italien innerhalb vier, und in den Provinzen innerhalb drei anni continui von der erreichten Volljährigkeit, oder der ertheilten venia aetatis, oder dem Tode des Verletzten an erbeten, und daß dabei in Rückſicht der Erben des lädirten Minderjährigen nur auf den Wohnort ihres Erblaſſers, nicht auf ihren eigenen geſehen werden ſolle [12]). Durchgreifender war aber noch die Aen=

8) l. un. C. Th. de dolo (2, 15), Glück Opusc. l. c. S. 14 f. und Comm. B. 5. S. 433.

9) l. 8. C. de dolo (2, 21).

10) l. 2. C. Th. de dilat. (2, 7), oder l. 6. C. de temp. in integr. rest. (2, 53).

11) Bekanntlich war dies der eigentliche Jurisdictionsbezirk der Beamten in Rom unter den Kaiſern, l. 1. §. 4. D. de offic. praef. urbi (1, 12), l. 21. §. 2 u. 3. D. de excusat. (27, 1).

12) l. 2. C. Th. de integri restit. (2, 16).

derung, welche Juſtinian vornahm. Eine Verſchiedenheit der Verjährungszeit an den verſchiedenen Orten ſchien ihm zwecklos, und noch weniger gefiel ihm die, wie er ſich ausdrückt, „supervacua differentia utilis anni" bei der Reſtitution. Daher verordnete er a. 531, daß man überall die restitutio maiorum, gleich der restitutio minorum, in einem tempus continuum und zwar innerhalb vier Jahre, in welcher Friſt auch die Verhandlung darüber beendigt ſeyn müſſe, zu ſuchen habe, worüber wir, weil gerade viel auf ſeine Worte ankommt, ihn ſelbſt hören wollen:

„Supervacuam differentiam utilis anni in integrum restitutionis a nostra republica separantes, sancimus, et in antiqua Roma, et in hac alma urbe, et in Italia, et in aliis provinciis quadriennium continuum tantummodo numerari, ex die, ex quo annus utilis currebat, et id tempus totius loci esse commune: Ex differentia enim locorum aliquod induci discrimen, satis nobis absurdum visum est. Quod non solum in minorum restitutionibus (quibus utilis annus incipit currere, ex quo vicesimi sexti anni dies illuxerit), sed etiam in maiorum hoc idem adhiberi sancimus; ut et hic pro utili anno memorata continuatio temporis observetur ad interponendam contestationem finiendamque litem. §. 1. Et quemadmodum omnis minor aetas excipitur

in minorum restitutionibus; ita et in maiorum tempus, in quo Reipublicae causa abfuerint, vel aliis legitimis causis, quae veteribus legibus enumeratae sunt, fuerint occupati, omne excipiatur: et non absimilis sit in hac parte minorum et maiorum restitutio. Dat. Kal. Septembr. Constantinop. 531 [13])."

Dies iſt das wenige Geſchichtliche, was hier zu bemerken wäre. Länger müſſen wir uns mit dem praktiſchen Detail beſchäftigen.

Die Hauptfrage, deren Erörterung hier nothwendig wird, betrifft den Umfang der neuen Juſtinianiſchen Regel. Bevor wir jedoch darauf eingehen, ſollen einige Nebenpunkte abgehandelt werden, deren ſpätere Einflechtung ſtören würde. Mehrere der älteren Juriſten haben es für unglaublich gehalten, daß Juſtinian wirklich nicht nur die Erbittung der Reſtitution, ſondern auch die Verhandlung darüber auf das von ihm eingeführte quadriennium beſchränkt haben ſollte, und ſie haben daher gegen die Auctorität aller Handſchriften vorgeſchlagen, für finiendam litem in ſeiner Conſtitution ineundam oder inchoandam litem zu leſen [14]).

13) l. 7. C. de tempor. in integr. rest. (2, 53).

14) Zu den namhafteren Juriſten, welche dieſe Anſicht theilen, gehören: Oddus P. I. qu. 19. art. ult. und Donellus Comm. iur. civ. lib. XXI. c. 10. Bei Erſterem und ſeinem Gegner Bachow IV, 1. c. 3. findet man noch viele Andere. Uebrigens beruft ſich der wahrſcheinliche Urheber die-

Stände nun dieſe Beſchränkung einer proceſſualiſchen Verhandlung auf eine beſtimmte Zeit ohne alle Analogie da, ſo wäre allerdings Grund vorhanden, dieſelbe in Zweifel zu ziehen. Aber Juſtinian ſelbſt hat ja überhaupt allen Proceſſen eine dreijährige Friſt geſetzt [15]), und es iſt ſogar nicht unwahrſcheinlich, daß für die Reſtitutionsgeſuche mit Rückſicht darauf gerade vier Jahre angeordnet worden ſind, weil dieſes quadriennium den ehemaligen annus restitutionis mit dem neuen triennium litium expediendarum verbindet. Außerdem iſt die Proceßverjährung nicht erſt eine Juſtinianiſche Erfindung, vielmehr in einzelnen Beziehungen uralt [16]), und nicht einmal die Anwendung derſelben auf die Reſtitution darf als etwas Neues betrachtet werden. Conſtantin hatte in ſeiner Verordnung über die restitutio minorum [17]) gerade daſſelbe, und faſt mit denſelben Worten, nur deutlicher beſtimmt, was man bei Juſtinian ausmerzen will, und daß auch die Conſtantiniſche Conſtitution über die actio de dolo [18]) eine ähnliche Vorſchrift enthielt, iſt ſchon vorhin an-

ſer Anſicht, Rebuffus, de rest. in integr. art. 2. gl. 1. Nr. 4. auch auf Handſchriften, die er aber nicht angiebt, und die auch ſonſt Niemand kennt, ſo daß ihn Bachow wohl nicht unverdienterweiſe dafür des Unverſtandes und der Unverſchämtheit bezüchtigt.

15) l. 13. C. de iudic. (3, 1), vom Jahr 530.

16) Keller über Litiscontest. u. Urtheil §. 15.

17) l. 2. C. Th. de integri rest. (2, 16).

18) l. un. C. Th. de dolo (2, 15).

gegeben worden. Wir können aber ſogar noch viel weiter zurückgehen. Denn auch der alte annus utilis war bereits die äußerſte Grenze für die Ertheilung, nicht weniger wie für die Erbittung der Reſtitution. Dies erſehen wir aus der eine Ausnahme enthaltenden Bemerkung von Cervidius Scävola, daß es dem Reſtitution Suchenden doch nicht ſchaden könne, wenn nur durch Chicane des Gegners die Beendigung der Verhandlung über das Geſuch bis zum Ablauf der Verjährungszeit hingehalten werde [19], ſo wie daraus, daß der annus utilis geradezu, als „tempus praestitutum ad persequendas in integrum restitutiones *finiendasque causas*" bezeichnet wird [20]. Auch ſteht damit Conſtantins Verfügung über die Friſtgeſuche im Reſtitutionsproceß vom Jahr 327 in unverkennbarer Verbindung, indem es hier heißt, daß zwar dem Beklagten, weil dieſer nicht den zeitigen Anfang des Proceſſes in ſeiner Gewalt habe, unter Vorausſetzung triftiger Gründe immer, dem Imploranten aber nur dann Dilation bewilligt werden ſolle, ſo fern dadurch nicht die Möglichkeit ausgeſchloſſen werde, die Sache noch vor dem Ende der Verjährungszeit abzumachen. Weit entfernt alſo, unerhörte Grundſätze aufzuſtellen, enthält Juſtinians angefochtene Beſtimmung nichts als die Wiederholung von etwas längſt Bekanntem,

19) l. 5. pr. C. de tempor. in integr. rest. (2, 53).

20) l. 6. C. eod.

wo noch hinzukommt, daß ſelbſt die Uebertragung dieſer älteren Einrichtung auf die neuen tempora continua ſchon von Conſtantin geſchehen war, daher denn die verſuchte Emendation jener Beſtimmung ohne Widerrede zu den unglücklichſten gehört, die je erſonnen worden ſind. Man iſt dabei von der Regel ausgegangen, daß ſonſt ein unterbrochener Proceß innerhalb vierzig Jahre wieder aufgenommen werden kann [21]), was aber eine arge Zuſammenmengung ganz verſchiedenartiger Dinge iſt, weil das Gebot, den Reſtitutionsproceß vor dem Verfließen der Verjährungszeit zu beendigen, ſich eben ſowohl auf die ohne Unterbrechung fortgeſetzten als auf die liegengebliebenen Verhandlungen bezieht, und den Zweck hat, ein langwieriges Verſchleppen dieſer Verhandlungen abzuſchneiden. Freilich ſetzt dies eine prompte Juſtiz voraus; an der Sache ſelbſt läßt ſich jedoch durchaus nicht zweifeln; denn mit dürren Worten wird es ausgeſprochen, daß die geſuchte Reſtitution hinfällig werden ſoll, ſobald der Verjährungstermin vor der Entſcheidung darüber verſtreicht [22]). Eben darum können indeſſen dieſe Römiſchen Grundſätze heutzutage nicht mehr zur Anwendung

21) l. 9. C. de praescr. 30 vel 40 ann. (7, 39), l. 1. §. 1. C. de ann. exc. Ital. contr. (7, 40).

22) l. un. C. Th. de dolo (2, 15), l. 2. C. Th. de integri rest. (2, 16). Die l. 7. C. de temp. in integr. rest. (2, 53) giebt in den Worten „finiendamque litem" nur kürzer wieder, was jene Stellen umſtändlicher ſagen.

kommen. Hat man nämlich überhaupt die Proceßverjährung mit unſerer jetzigen Rechtspflege unvereinbar gefunden, ſo fordert die Billigkeit gegen die Reſtitution Suchenden, ebenfalls demgemäß zu verfahren, wie es auch in der Praxis geſchieht [23]), obgleich das neuere Canoniſche Recht noch Juſtinians Anordnung beſtätigt hat [24]). In ſo ferne man aber dieſe noch befolgen wollte, verſteht es ſich von ſelbſt, daß man auch die vorhin angegebenen, aus dem früheren Recht herſtammenden Ausnahmen wegen Chicane des Beklagten, oder wegen einer demſelben bewilligten Dilation, gelten laſſen müßte, da ſie mit der Juſtinianiſchen Regel vollkommen vereinbar, und die Stellen, worin ſie ſtehen, ins Corpus Juris aufgenommen ſind.

Nicht ſo unmittelbar gegen klare Quellenzeugniſſe, obſchon nicht minder verkehrt, iſt eine andere Meinung einiger älteren Juriſten, daß, weil das quadriennium restitutionis ſich bloß auf das iudicium rescindens beziehe, das iudicium rescissorium noch fortwährend innerhalb eines annus utilis nach erlangter Reſtitution gebraucht werden könne und müſſe [25]). Nur unklare Vorſtellungen vom iudicium rescissorium und deſſen

23) Lauterbach Coll. th. pract. IV, 1. §. 26; Cocceii ius contr. IV, 2. qu. 5; Hoffacker Pr. iur. §. 815.

24) Clem. un. de rest. in integr. (1, 11).

25) Oddus P. I. qu. 21. art. 3 theilt auch hier wieder den Irrthum, der ſich noch bei Brunnemann ad Cod. ad leg. 5. C. de tempor. in integr. rest. (2, 53) findet.

Verhältniß zum iudicium rescindens können eine ſolche Behauptung hervorgebracht haben. Wir haben zwar im §. 23 ausgeführt, daß ſich dieſe beiden iudicia allerdings unterſcheiden laſſen, und daß es keineswegs nöthig ſey, wo man eine Klage, Einrede, Duplik, Beweisantretung, Appellation u. ſ. w. durch Reſtitution wieder haben will, das verlorne Rechtsmittel gleich mit dem Reſtitutionsgeſuch zu verbinden. Allein für den Fall einer ſolchen Trennung hatte auch das ältere Römiſche Recht keine allgemeine geſetzliche Friſt zur Anbringung des iudicium rescissorium, und es iſt völlig aus der Luft gegriffen, dem Prätoriſchen Edict einen doppelten annus utilis unterzuſchieben, einen für das iudicium rescindens, einen andern für das iudicium rescissorium nach ertheilter Wiedereinſetzung in den vorigen Stand. War daher im Reſtitutionsdecret die Zeit nicht beſtimmt, in welcher man von dem wiedergegebenen Rechtsmittel Gebrauch machen ſollte, ſo verſtand ſich die Zeit von ſelbſt, welche man ſonſt für die Anwendung dieſes Rechtsmittels gehabt hätte, z. B. das decendium bei der Zulaſſung zur früher verſäumten Appellation. Doch vermiſſen wir darüber ausdrückliche Beſtimmungen, ausgenommen die, daß, wenn ein verlornes Klagrecht bereits zum Theil verjährt war, bevor die Novation, der Verzicht u. ſ. w. Statt fand, wogegen, oder die Abweſenheit eintrat, auf deren Grund man Reſtitution erlangt

hat, ſtets nur ſo viel Zeit zur Anſtellung der Klage bewilligt werden ſoll, als vor dem die Reſtitution veranlaſſenden Ereigniſſe noch von der Verjährungsfriſt übrig war [26]), was ſich übrigens analog auch bei anderen Rechtsmitteln anwenden läßt, auch im Canoniſchen Recht wirklich als ein ganz allgemeines Princip hingeſtellt wird [27]), auf jeden Fall aber hinreicht, die Unhaltbarkeit der hier gerügten Anſicht im vollen Lichte zu zeigen.

Nach Beſeitigung dieſer Irrthümer können wir uns nun zu dem wenden, was ſchon als die Hauptfrage in Beziehung auf Juſtinians Conſtitution bezeichnet worden iſt, zu der Frage nämlich, in welchem Umfange dieſe Conſtitution aufgefaßt werden muß? Viele nehmen die restitutio maiorum, welche Juſtinian in Rückſicht der Verjährung wieder der restitutio minorum gleichſtellt, im engeren Sinn, als Reſtitution wegen Abweſenheit, oder wegen eines äußeren Hinderniſſes an der Wahrnahme eines Rechts, welche allerdings vorzugsweiſe restitutio maiorum heißt, weil ſie eine Zeitlang wenigſtens die einzige neben der restitutio minorum zu Gunſten der Volljährigen vorkommende Reſtitution war [28]). Andere dagegen

26) l. 50. D. de minor. (4, 4), l. 26. §. 7 u. 8. D. ex quib. caus. mai. (4, 6).

27) Clem. un. de rest. in integr. (1, 11).

28) Lauterbach Coll. th. pr. IV, 1. §. 24; Frauzkhius Comm. in Pand. IV, 1. Nr. 27 u. 28; Schulting Enarr. in prim. part. Pand. IV, 1. §. 11; Hoffacker Pr. iur. §. 815; Weber in

verſtehen hier unter restitutio maiorum jede Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, welche Volljährigen ertheilt werden kann, alſo auch die restitutio propter capitis diminutionem, metum etc. [29]). An Parallelſtellen, aus denen ſich ein Schluß für die eine oder die andere Erklärung ziehen ließe, fehlt es gänzlich [30]), und in der Verordnung ſelbſt liegen anſcheinend Gründe für beide Auslegungen. Für die beſchränkende Deutung ſpricht der Schluß, worin in Beziehung auf die restitutio maiorum von dem „tempus in quo Reipublicae causa abfuerint, vel aliis legitimis causis, quae veteribus legibus enumeratae sunt, fuerint occupati" (sc. maiores) die Rede iſt, was ſichtbar nur auf die Reſtitution wegen eines Hinderniſſes an der Geltendmachung eines Rechts gehen kann. Die entgegengeſetzte Auffaſſung der Beſtimmung findet dagegen einen Stützpunkt in der ratio legis, womit Juſtinian ſeine Verordnung einleitet, nämlich daß er die „supervacua differentia utilis anni in integrum restitutionis" ganz beſeitigen wolle. Zwar darf dies nicht ſo verſtanden werden, als ſey es

Hoepfners Comm. §. 1004. Note 1.

29) Dompierre l. c. tit. 1. §. 37; Glück Comm. B. 5. S. 436 f. (in den Opusc. l. c. S. 28 f. iſt Glück noch anderer Meinung); Unterholzner a. a. O. §. 151. Note 525; Thibaut Pandectenſyſtem §. 1059.

30) In l. 6. C. de repud. hered. (6, 31), Nov. 100. c. 2. ſpielt zwar Juſtinian auf das von ihm eingeführte quadriennium an, ſagt aber nichts, was hier in Betracht käme.

Juſtinians Abſicht geweſen, überhaupt die anni utiles abzuſchaffen [31]), denn dem widerſpräche, daß der annus utilis für Erbittung der bonorum possessio noch in den Inſtitutionen beſtätigt wird [32]), auch ſtände ſonſt der Ausdruck differentia ganz müſſig da; ſondern es kann jene ratio legis, eben dieſes Wortes wegen, nur den Sinn haben, daß der von Conſtantin begründete Unterſchied, daß die Reſtitution theils in einem annus utilis verjährte, theils nicht, aufhören ſolle. Allein auch ſo genommen, kündigt der von Juſtinian angegebene Grund eine allgemeine Regel für alle Reſtitutionsfälle an, und dieſer Umſtand dürfte doch bei genauer Erwägung entſcheidend ſeyn. Selten gelingt es Juſtinian und überhaupt den Römiſchen Kaiſern, ihren allgemeinen Conſtitutionen auch den gehörig allgemeinen Ausdruck zu geben. Gewöhnlich klebt, möchte man ſagen, die Faſſung des Geſetzes an dem Fall, der es veranlaßt hat, oder an einigen Hauptgegenſtänden, worauf es ſich bezieht, ohne ſich zu einer völlig abſtracten Aufſtellung des beabſichtigten Grundſatzes erheben zu können, ſo daß man jeden Augenblick genöthigt iſt, auf die Gründe

31) Gewöhnlich führt man für eine ſolche Abſicht l. 1. pr. C. de ann. exc. Ital. contr. (7, 40) an; allein es müßte erſt bewieſen werden, daß die hier aufgehobene annalis exceptio, von der bemerkt wird, daß Einige ſie bis zu zehn Jahren ausgedehnt hätten, wirklich mit den temporibus utilibus in Verbindung geſtanden habe.

32) §. 4 und 6. I. de bon. poss. (3, 10).

und Zwecke der Conſtitutionen zurückzugehen, um den Umfang ihres Inhalts zu ermitteln, aber bei einem ſtrengen Feſthalten an ihren namhaft gemachten Beziehungen oft ſehr fehlgreifen würde. Schon darum alſo würde die ratio legis hier vorzügliche Beachtung verdienen. Aber hier iſt jener Fehler ſogar in einem ſehr geringen Grade vorhanden. Denn restitutio maiorum kann doch unleugbar auch jede den Volljährigen geſtattete Reſtitution bezeichnen [33], und der erwähnte Schluß der Juſtinianiſchen Verordnung läßt ſich damit recht wohl vereinigen, ſobald man nur den eigentlichen Zuſammenhang berückſichtigt. Wenn es nämlich hier heißt, daß, gleich wie die Verjährung für Minderjährige erſt von ihrer Volljährigkeit an laufe, auch bei der restitutio maiorum die Zeit, da Jemand in Staatsangelegenheiten abweſend geweſen, oder auf andere Weiſe an der Wahrnahme ſeiner Rechte verhindert worden ſey, nicht mitgerechnet werden ſolle, ſo kann damit ſehr füglich gemeint ſeyn, daß, wo die restitutio maiorum ſich auf Abweſenheit oder andere ähn-

33) Unterholzner a. a. O. ſcheint geneigt, restitutio maiorum hier als pars pro toto zu nehmen, weil die restitutio propter absentiam die wichtigſte unter den für Volljährige möglichen Reſtitutionen geweſen ſey. Dies geht allerdings auch an; nur müßte er nicht zur Unterſtützung anführen, daß die restitutio propter dolum et metum im ſpäteren Recht durch die actiones de dolo und quod metus causa faſt ganz verdrängt worden ſey, da eher das umgekehrte Verhältniß Statt gefunden hatte.

liche Hinderniſſe gründet, eine ſolche Berechnung eintreten ſoll, wobei dann keine Nothwendigkeit zur Annahme obwaltet, daß Juſtinian ſich die restitutio maiorum als lediglich auf dieſe Fälle beſchränkt gedacht habe. Eine andere Frage iſt aber, ob Juſtinian auch die Reſtitutionsklagen, oder nicht vielmehr bloß die eigentliche in integrum restitutio im Auge gehabt habe? Diejenigen, welche ſich für die weitere Auslegung der Juſtinianiſchen Conſtitution entſcheiden, wollen dieſe auch auf jene Klagen angewandt wiſſen; höchſtens nehmen ſie die actio de dolo aus, die indeſſen von Einigen auch mit darunter ſubſumirt wird [34]), und die Praxis möchte wohl allgemein dieſer Anſicht gefolgt ſeyn. Für richtig kann ich jedoch dies nicht halten. Hätte Juſtinian das neue quadriennium restitutionis als zugleich für die Reſtitutionsklagen geltend angeſehen, ſo hätte er daſſelbe auch auf die actio de dolo beziehen müſſen, da in ſeiner Verordnung nichts enthalten iſt, was eine beſondere Ausnahme für dieſe Klage begründen könnte, und er hätte alsdann die Beſtimmungen Conſtantins über dieſe Klage eben ſo wenig in ſeinen Codex aufnehmen können, als deſſen Conſtitution über die restitutio minorum, die in Folge ihrer Aufhebung weggelaſſen iſt.

34) Z. B. von Huber Prael. iur. civ. IV, 3. §. 9. und Weſtenberg Pr. iur. sec. ord. Dig. lib. IV. tit. 1. §. 18. u. tit. 3. §. 32.

Statt deſſen aber iſt jene Conſtantiniſche Beſtimmung nicht nur an das Ende des Codextitels de dolo als das letzte Reſultat geſtellt, ſondern auch, wie bemerkt worden, durch Interpolationen weſentlich umgeſtaltet, zum Beweiſe, daß ſie als gültiges Geſetz und nicht etwa als hiſtoriſche Notiz aufgenommen iſt [35]). Da jedoch die Reſtitutionsklagen außerhalb der Grenzen unſerer Aufgabe liegen, ſo will ich dabei nicht verweilen, wiewohl ſich noch andere Gründe gegen die herrſchende Meinung beibringen ließen. Dagegen muß hier noch etwas über die restitutio propter capitis diminutionem bemerkt werden. Auch dieſe nimmt man gewöhnlich von der Juſtinianiſchen Vorſchrift aus, weil ſie ſchon nach älterem Recht nicht in einem annus utilis verjährte, und dawider würde auch nichts einzuwenden ſeyn, in ſo ferne es nur Juſtinians Abſicht geweſen wäre, den annus utilis bei der Reſtitution abzuſchaffen. Ich glaube indeſſen vorhin gezeigt zu haben, daß Juſtinian etwas Anderes bezweckt hat: Gleichheit nämlich in der Verjährung der Reſtitution, und räumt man dies ein, ſo kann auch die restitutio propter capitis diminutionem nicht von der neuen Regel eximirt werden, indem ſie keineswegs zu den Reſtitutionsklagen, ſondern gerade zu den in integrum restitutiones in engerer und eigentlicher Bedeutung gehört.

35) Glück Opusc. l. c. S. 30 f.

Damit ſoll aber nicht behauptet werden, daß es gar keine Ausnahmen von jener Regel gebe. Wir werden im Gegentheil deren mehrere kennen lernen; nur ſind ſie, wenigſtens zum Theil, erſt verſtändlich, wenn man mit den Grundſätzen über den Anfang der Verjährung der Reſtitution bekannt iſt, weshalb dieſe zuvörderſt zu entwickeln ſind. Juſtinian ſtellt in dieſer Hinſicht das Princip auf, daß der Lauf des quadriennium restitutionis von demſelben Zeitpunkt an beginnen ſolle, von welchem der alte annus utilis gerechnet ward: „ex die, ex quo annus utilis currebat," und verweiſt uns alſo hier bloß auf das ältere Recht. Am natürlichſten ſcheint es nun, den Eintritt der Läſion als den Anfangspunkt der Verjährung zu behandeln. So einfach iſt indeſſen die Sache nicht. Wir müſſen mehrere Fälle unterſcheiden.

I. Für den Verletzten ſelbſt läuft

1. die Verjährung der Reſtitution wegen Minderjährigkeit erſt von der erreichten Volljährigkeit deſſelben an, oder, wenn er venia aetatis erhalten hat, von dem Tage, wo das Reſcript darüber ſeiner Obrigkeit inſinuirt worden iſt [36]), völlig ſo, wie es bei den einem Minderjährigen zuſtehenden actiones temporales gehalten wird, was auch keine zufällige Verwandtſchaft

36) l. 19. D. de minor. (4, 4), l. 66. pr. D. de ritu nupt. (23, 2), l. 4. C. de his qui ven. aetatis (2, 45), l. 1. l. 4. l. 5. C. de tempor. in integr. rest. (2, 53), l. 6. C. de interd. matr. (5, 6).

iſt, da das Ruhen der praescriptio temporalis während der Minderjährigkeit des Klägers, der ausdrücklichen Erklärung der Quellen zufolge, von der Reſtitution entlehnt iſt, um letztere in dieſer Beziehung unnöthig zu machen [37]).

2. Auf gleiche Weiſe läuft die Verjährung wegen Abweſenheit und anderer Hinderniſſe an der Ausübung eines Rechts erſt von dem Zeitpunkt an, da die Abweſenheit oder das ſonſtige Hinderniß aufgehört hat [38]), wobei, wenn man während der Friſt, in welcher ein Recht hätte geltend gemacht werden müſſen, mehrmals abweſend geweſen iſt, die Verjährung der Reſtitution von der letzten Abweſenheit an datirt werden ſoll [39]), ein Grundſatz, der damit zuſammenhängt, daß zur Reſtitution gegen das Verſtreichen einer Friſt nicht gerade erfordert wird, daß das die Reſtitution begründende Hinderniß zur Zeit des Ablaufs der Friſt noch Statt gefunden habe [40]).

3. In Beziehung auf die anderen Reſtitutionsfälle aber kommen keine ähnlichen Beſtimmungen über den Anfang der Verjährung vor, in deren Ermangelung daher nur auf den Zeitpunkt der Läſion geſehen werden kann, wie es namentlich bei den Reſtitutionen der

37) l. 2. l. 5. C. in quib. caus. in integr. rest. nec. non est (2, 41).

38) l. 1. §. 1. D. ex quib. caus. mai. (4, 6), l. 5. C. eod. (2, 54), l. 18. C. de postlim. (8, 51).

39) l. 28. §. 3. D. ex quib. caus. mai. (4, 6).

40) l. 15. §. 3. D. eod.

Communen, Kirchen und milden Stiftungen in der Natur der Sache liegt, da ſonſt hier gar keine Verjährung eintreten würde, weil ja die fingirte Minderjährigkeit dieſer juriſtiſchen Perſonen kein Ende nimmt. Damit ſtimmt auch überein, daß *Juſtinian*, indem er die angegebenen beſonderen Grundſätze für die Reſtitution wegen Minderjährigkeit und Abweſenheit ausdrücklich beſtätigt [41]), nicht für nöthig gefunden hat, nur *ein* Wort über den Anfang der Verjährung in anderen Fällen weiter zu verlieren, wie es doch nicht zu vermeiden geweſen wäre, ſobald das ältere Recht auch noch in anderen Fällen den natürlichen Anfangspunkt der Verjährung, die Läſion, verlaſſen hätte. Ueberdies geht das Canoniſche Recht in Rückſicht der Kirchen und milden Stiftungen unzweifelhaft von dieſem natürlichen Anfangspunkt aus [42]).

Durch ein faſt unbegreifliches Mißverſtändniß iſt aber die Praxis verleitet worden, eine Ausnahme von den entwickelten Regeln anzuerkennen, zu welcher das Römiſche Recht ſchlechterdings keinen Anlaß giebt. Es ſoll das quadriennium restitutionis nur continuum ratione cursus, aber utile ratione initii ſeyn, gleich dem spatium deliberandi für Erben [43]), weil der Lauf des annus utilis erſt von dem Augenblick der Be-

41) l. 7. C. de temp. in integr. rest. (2, 53). Clem. un. de rest. in integr. (1, 11).

42) c. 1 u. 2. de rest. in integrum in VI. (1, 21).

43) l. 19. l. 22. §. 2. C. de iure delib. (6, 30).

kanntſchaft des Verletzten mit der Läſion begonnen habe, und weil uns *Juſtinian* in Rückſicht des Anfangs der Verjährung ja auf das ältere Recht verweiſe.[44]). Nichts iſt indeſſen leichter, als dies zu widerlegen. Der Fehler ſteckt in einer falſchen Deutung der gewöhnlichen Bezeichnung des annus utilis durch: „intra annum quo experiundi potestas est [45]).“ Indem man dieſe Umſchreibung ſo verſtanden hat: der annus utilis laufe, *nachdem* man zu klagen im Stande ſey, mußte man allerdings zu jener falſchen Theorie gelangen, da es auf klaren Zeugniſſen beruht, daß auch derjenige nicht experiundi potestatem habe, der ſein Recht, oder deſſen Verletzung nicht kenne [46]). Aber jenes „intra annum quo experiundi potestas est“ geht nicht auf den Anfang des annus utilis, ſondern auf deſſen Berechnung überhaupt, und drückt weiter nichts aus, als daß ein annus utilis aus 365 ſolchen Tagen beſtehe, an denen man wirklich klagen könne, mit Uebergehung aller derjenigen Tage, an welchen man durch Krankheit, Abweſenheit, Gerichtsferien u. ſ. w. vor Gericht aufzutreten verhindert ſey [47]). Beachtet man dies, ſo liegt zu

44) Glück Comm. B. 5. S. 443. nennt die Hauptauctoritäten, iſt übrigens ſelbſt zweifelhaft.

45) l. 1. §. 1. D. ex quib. caus. mai. (4, 6), l. 1. pr. D. quae in fraud. cred. (42, 8), l. 4. C. de his quae vi (2, 20).

46) l. 6. D. de calumniator. (3, 6), l. 2. pr. D. quis ordo in b. p. serv. (38, 15).

47) l. 1. D. de divers. temp. praescr. (44, 3). „Quia

Tage, daß wenn auch demjenigen experiundi potestas abgeſprochen wird, der ſein Recht nicht kennt, dies nur den Sinn haben kann, daß Unkenntniß des Rechts mit zu den Umſtänden gehörte, welche bei Berechnung des annus utilis den Ausfall gewiſſer Zeiten bewirkten. Man iſt nur dadurch getäuſcht worden, daß Unbekanntſchaft Jemandes mit ſeinem Recht ſich ſelten anders als beim Beginn der Verjährung denken läßt, während die meiſten anderen Hinderniſſe der experiundi potestas auch vorkommen könnten, nachdem man dieſe potestas ſchon eine Zeitlang gehabt hatte. Offenbar aber iſt dies ein unweſentlicher Umſtand; denn Gerichtsferien, Abweſenheit, Krankheit und dergleichen könnten doch auch nicht bloß im Lauf des annus utilis eintreten, ſondern ebenfalls gleich zu Anfang Statt finden. Um ganz conſequent zu ſeyn, müßte man

tractatus de utilibus diebus frequens est, videamus quid sit, *experiundi potestatem habere*. Et quidem imprimis exigendum est, ut sit facultas agendi; neque sufficit reo experiundi secum facere potestatem, vel habere eum, qui se idoneo defendat, nisi actor quoque nulla idonea causa impediatur experiri. Proinde sive apud hostes sit, sive Reipublicae causa absit, sive in vinculis sit, aut si tempestate in loco aliquo, vel in regione detineatur, ut neque experiri, neque mandare possit, experiundi potestatem non habet. Plane is, qui valetudine impeditur, ut mandare possit, in ea causa est, ut experiundi habeat potestatem. Illud utique neminem fugit, experiundi potestatem non habere eum, qui Praetoris copiam non habuit, proinde hi dies cedunt, quibus ius Praetor reddit."

daher ſagen, der Lauf der Römiſchen tempora utilia habe überall nur nach dem Verſchwinden aller Hinderniſſe des gerichtlichen Auftretens begonnen; was jedoch durchaus falſch wäre. Der Lauf begann vielmehr unmittelbar [48]), aber mit Uebergehung aller der Zeiten, in welchen die experiundi potestas fehlte, gleichviel ob dieſe Zeiten früher oder ſpäter eintraten, und dies führt uns hier auf den rechten Weg. Sobald man ſich nur, wie man muß, den annus utilis nicht außerhalb und hinter dem Zeitraum denkt, in welchem ein Verletzter die Läſion nicht kannte, ſondern dieſen Zeitraum als mit im Cyclus des annus utilis enthalten auffaßt [49]), verſchwindet aller Grund zum Streit dar-

48) Z. B. bei der restitutio minorum unmittelbar ex quo vicesimi sexti anni dies illuxit, wie l. 2. C. Th. de integri rest. (2, 16), u. l. 7. C. de temp. in integr. rest. (2, 53) ſich ausdrücken.

49) Die Richtigkeit dieſer Auffaſſung geht beſonders noch hervor aus l. 2. pr. D. quis ordo in bon. poss. serv. (38, 15). „Utile tempus est bonorum possessionum admittendarum. Ita autem utile tempus est, ut singuli dies utiles sint; scilicet ut per singulos dies et scierit et potuerit admittere. Caeterum quacunque die nescierit, aut non potuerit, nulla dubitatio est, quin dies ei non cedat. Fieri autem potest, ut qui initio scierit vel potuerit bonorum possessionem admittere, hic incipiat nescire vel non posse admittere; scilicet si, cum initio cognovisset eum intestatum decessisse, postea quasi, certiore nuntio allato dubitare coeperit, numquid testatus decesserit, vel numquid vivat, quia hic rumor postea perrepserat. Idem et in contrarium accipi potest, ut qui ignoravit initio, postea scire incipiat."

über, ob die Rückſicht auf Bekanntſchaft mit der Läſion noch mit Juſtinians Conſtitution vereinbar ſey oder nicht. Juſtinian hat den annus utilis nicht theilweiſe abgeſchafft, nicht beſtimmt, daß von den Hinderniſſen der experiundi potestas bloß die nicht mehr beachtet werden ſollten, welche erſt ſpäter im Lauf der Verjährung vorkämen, ſondern er hat den annus utilis hier ganz mit allen ſeinen Eigenthümlichkeiten verworfen. Daher kann auch die mit dem Weſen dieſer aufgehobenen Verjährung zuſammenhängende Berückſichtigung der Zeit, da ein Verletzter noch nicht ſeinen Schaden erfahren hatte, auf keine Weiſe noch in Betracht kommen. Dies ſcheint mir ſo einleuchtend, daß es zu verwundern iſt, wie alle Gegner der in der Praxis angenommenen Theorie [50]) dieſes einfache Argument haben überſehen, und bloß mit Gründen kämpfen können, die, wie ſcharfſinnig ſie auch ſind, doch nichts zu entſcheiden vermögen, weil ſie dem Irrthum nicht an die Wurzel greifen. Höchſt wahrſcheinlich iſt es auch nur die innere Unmöglichkeit, neben der unbedingten Aufhebung des annus utilis restitutionis noch einen lediglich darauf beruhenden Folgeſatz als gültig zu betrachten, welche es dem Concipienten der Juſtinianiſchen Verordnung als unnöthig

50) Zu dieſen Gegnern gehören namentlich: Bachow l. c. IV, 1. c. 4; Voet ad Pand. IV, 1. §. 19; Dompierre tit. 1. §. 39; Unterholzner a. a. O. §. 153; Vermehren im Arch. für civ. Praxis. B. 10. Nr. 18.

hat erſcheinen laſſen, ſich gegen eine ſolche Mißdeutung ſo umſtändlich zu verwahren, wie Conſtantin, der bei Einführung des annus continuus für die actio de dolo ausdrücklich bemerkt hat, daß dieſes Jahr nicht erſt ex die, quo se quisque admissum dolum didicisse memoraverit, ſondern potius ex eo die, quo asseritur commissus dolus, gerechnet werden ſolle [51]).

Es hieße übrigens auf halbem Wege ſtehen bleiben, wenn wir das, was hier für den Fall ausgeführt worden iſt, da Jemand von ſeinem erlittenen Schaden nichts gewußt hat, nicht ebenfalls auf den gegen Erbittung der Reſtitution gerichteten Zwang anwenden wollten. Selbſt Einige von denen, welche in jener Beziehung unſerer Meinung beitreten, glauben doch für einen Gezwungenen den Lauf der Verjährung der Reſtitution erſt von der Beſeitigung des Zwanges an datiren zu dürfen [52]). Dies iſt freilich richtig, wo Jemand durch Zwang an der Ausübung eines Rechts gehindert worden iſt; aber in dieſem Fall wird der Zwang auch zu den Hinderniſſen gezählt, aus welchen vermöge der clausula generalis die restitutio maiorum im engeren Sinn, oder propter absentiam entſpringt [53]). Wo dagegen ein Vertrag, ein Verzicht,

51) l. un. C. Th. de dolo (2, 15). l. 8. C. eod. (2, 21).

52) Z. B. Unterholzner §. 152. a. E.

53) l. 1. §. 9. D. de itin. actuque priv. (43, 19).

überhaupt ein Factum iſt erzwungen worden, und nur darauf geht ja die ſelbſtſtändige restitutio propter metum, da kann die Fortdauer des Zwanges zum Zweck der Abſchreckung von der Erbittung der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand weder ein Hinderniß der Verjährung abgeben, noch die Reſtitution wider dieſe Verjährung begründen; Erſteres nicht, weil ja bei der Verjährung der Reſtitution ſeit Juſtinian nicht mehr auf experiundi potestas zu ſehen iſt, und Letzteres nicht, weil gegen die Verjährung der Reſtitution ſelbſt niemals wieder Reſtitution ertheilt werden darf [54]).

So ſteht es nach Römiſchem Recht. Das Canoniſche Recht indeſſen hat ſich, wie wohl nicht geleugnet werden kann, der falſchen Theorie vom quadriennium utile ratione initii angeſchloſſen, zum wenigſten was die Reſtitution der Kirchen und milden Stiftungen betrifft. Im Allgemeinen ſoll zwar auch für dieſe die Verjährung der Reſtitution von der Läſion an gerechnet werden. In ſo ferne jedoch die zeitige Erbittung der Reſtitution nicht nachläſſigerweiſe verabſäumt, ſondern nur aus entſchuldbaren Gründen unterblieben, namentlich durch Dolus des Gegners, wohin vor Allem natürlich Zwang gehören muß, verhindert worden iſt, ſoll auch ein erſt nach vier Jahren eingereichtes Reſtitutionsgeſuch angenommen und be-

54) M. ſ. oben §. 10. Nr. VIII, 5.

rückſichtigt werden können [55]). Hält man ſich nun daran, ſo hat die in dem Obigen beſtrittene Praxis doch wieder Recht. Mir ſcheint aber hier ein Fall vorzuliegen, in welchem das Canoniſche Recht nur aus Mißverſtändniß vom Römiſchen abgewichen iſt, alſo keine Beachtung verdient [56]); denn daß erſteres hier nichts Neues hat einführen wollen, ſondern nur von der frühzeitig vorkommenden Anſicht ausgegangen iſt, daß Unbekanntſchaft mit der Läſion und andere Hinderniſſe der Rechtsverfolgung den Lauf der Verjährung ſuſpendiren müßten, darüber kann wohl kein gerechter Zweifel Statt finden.

II. Weniger Schwierigkeit verurſacht die Berechnung der Verjährung für Erben des Verletzten. Iſt dieſer geſtorben, ſo hat auch ſein Erbe das quadriennium restitutionis, oder wenn ſchon ein Theil deſſelben verfloſſen iſt, ſo viel als noch davon übrig iſt, und Letzteres iſt ſich gleich, der Erbe mag minderjährig oder volljährig ſeyn [57]). Allein darin liegt ein Unterſchied, daß dem volljährigen Erben die Verjährungszeit von der Erbſchaftsantretung oder der agnitio bonorum pos-

55) cap. 1 u. 2. de rest. in integr. in VI. (1, 21). Wie Vermehren a. a. O. behaupten kann, daß die Rückſicht auf Kenntniß der Läſion und überhaupt auf experiundi potestas gerade mit dieſen Stellen unvereinbar ſey, iſt mir völlig unerklärlich.

56) Wening-Ingenheim Lehrbuch des Civilr. §. 5.

57) l. 19. D. de minor. (4, 4), l. 5. §. 2. C. de tempor. in integr. rest. (2, 53).

sessionis an läuft [58]), dem minderjährigen Erben dagegen erſt von ſeiner Volljährigkeit [59]); daher wenn ein Minderjähriger einen Minderjährigen beerbt, weil hier noch nichts von der Verjährungszeit verſtrichen ſeyn kann, derſelbe immer die volle Friſt von vier Jahren von ſeiner Majorennität an, eben wie wegen der ſelbſt erlittenen Verletzungen, hat [60]), worauf ſich die Regel bezieht:

„Si minor minori heres existat, heres ex sua persona, non ex defuncti in integrum restitui potest [61]).“

III. Dieſelben Grundſätze ſind in Ermangelung beſonderer Vorſchriften, in Rückſicht anderer Univerſalſucceſſoren des Verletzten zu befolgen, ſo daß der Moment der Succeſſion hier wie die Erbſchaftsantretung zu behandeln iſt.

IV. Dagegen muß einem Ceſſionar dieſelbe Zeit zur Erbittung der Reſtitution eingeräumt werden, welche der Verletzte ſelbſt haben würde, wenn er ſeinen Anſpruch nicht cedirt hätte. Dies kann zwar nur bei der restitutio minorum wichtig werden, hier aber auch gar ſehr, ſo ferne die Ceſſion vor erreichter Volljährigkeit des Cedenten geſchehen iſt. Das quadrien-

58) l. 5. §. 3. C. eod.

59) l. 5. §. 1. C. eod. Dies iſt wieder eine Anwendung des Princips, daß die praescriptio temporalis gegen Minderjährige ruht.

60) l. 19. D. de minor. (4, 4).

61) Pauli S. R. I, 9. §. 4.

nium restitutionis kann alsdann, meines Bedünkens, auch für den Ceſſionar nur von der Majorennität des Cedenten an gerechnet werden, nicht von der Zeit, da die Ceſſion erfolgt iſt, weil ein Ceſſionar im Allgemeinen einem Procurator gleich geachtet wird, die Ernennung eines Procurators aber im Lauf der Verjährung nichts ändert.

Nunmehr endlich laſſen ſich die Ausnahmen von der allgemeinen Verjährungsfriſt der Reſtitution angeben, welche die Quellen für mehrere beſondere Fälle enthalten.

A. Wenn die Reſtitution gegen einen dritten unſchuldigen Beſitzer geſucht wird, ſo kann es im Fall der restitutio minorum und propter absentiam vorkommen, daß der Beklagte ſchon per longum tempus im Beſitz iſt. Befindet er ſich dann zugleich in gutem Glauben, ſo ſoll keine Reſtitution gegen ihn ertheilt werden [62]).

B. Wenn ein Minderjähriger venia aetatis erhalten hat, ſo läuft die Verjährung wegen früherer Läſionen doch nie vor dem vollendeten 25ſten Lebensjahr des Verletzten ab, kann alſo hier länger als vier Jahre dauern [63]).

C. Nach Juſtinians Beſtimmung darf ein suus heres die Ausſchlagung der väterlichen Erbſchaft in=

62) l. 3. C. de his quae vi (2, 20).

63) l. 5. pr. C. de tempor. in integr. rest. (2, 53).

nerhalb drei Jahre widerrufen, ſo ferne die Erbſchaftsſachen nicht bereits verkauft ſind. Iſt nun der suus heres zur Zeit der Ausſchlagung noch minderjährig, oder zwar ſchon volljährig, aber das quadriennium restitutionis noch nicht abgelaufen, derſelbe alſo noch nicht über 29 Jahr alt geweſen, alsdann ſollen jene drei Jahre erſt vom Ablauf des quadriennium restitutionis an datirt werden [64]). Indeſſen verdient dieſe Ausnahme, ſtreng genommen, nicht ſo genannt zu werden, weil die Befugniß des suus heres, die Ausſchlagung der väterlichen Erbſchaft zu widerrufen, keineswegs von der obrigkeitlichen Gnade abhängt, ſondern ein wahres Recht iſt, wie Juſtinian ſelbſt durch die Bemerkung zu erkennen giebt, daß dieſer Widerruf zwar an ſich nur Statt finde, wenn die Erbſchaftsſachen nicht verkauft wären, daß aber ein minderjähriger suus heres Reſtitution bekommen könne, wenn der Verkauf noch während ſeiner Minderjährigkeit Statt gefunden habe, eine Bemerkung, durch welche augenſcheinlich die Reſtitution jenem Widerruf entgegengeſetzt wird.

D. Eine wahre Ausnahme finden wir hingegen noch in Beziehung auf das Erlöſchen der exceptio non numeratae dotis wegen Nichtvorſchützung derſelben zur rechten Zeit. Ein minderjähriger Ehemann ſoll wider dieſes Verſäumniß freilich Reſtitution erbitten

64) l. 6. C. de repud. hered. (6, 31).

dürfen, aber niemals ſpäter als 12 Jahre nach Auflöſung der Ehe, mag er auch ſchon im 15ten Jahre geheirathet haben und wieder Wittwer geworden ſeyn, und noch ſtrenger iſt Juſtinian gegen die Erben des Ehemanns, indem dieſe ohne Rückſicht darauf, ob ſie minderjährig oder volljährig ſind, nur vor dem Ablauf von 5 Jahren nach der Ehe hier Anſpruch auf Reſtitution haben ſollen [65]), folglich dieſen Anſpruch ganz verlieren, ſobald ihr Erblaſſer die Ehe 5 Jahre lang überlebt hat.

Faſſen wir jetzt zur Erleichterung der Ueberſicht das durch die bisherige Unterſuchung gewonnene Reſultat in wenigen Sätzen zuſammen, ſo läßt ſich daſſelbe kurz ſo wiedergeben. Abgeſehen von den ſo eben aufgezählten Ausnahmen, kann aber auch die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand ſtets innerhalb vier Jahre geſucht werden, deren Lauf für den Verletzten ſelbſt ſo wie für Ceſſionarien, bei der Reſtitution wegen Minderjährigkeit von der Majorennität oder venia aetatis des Verletzten, bei der restitutio maiorum im engeren Sinn von dem Aufhören des Hinderniſſes, ſonſt aber von der Läſion an, und ohne Rückſicht auf experiundi potestas beginnt, für Erben dagegen und andere Univerſalſucceſſoren, wenn ſie volljährig ſind, vom Augenblick der eingetretenen Succeſſion, und wenn

65) Nov. 100. c. 2, Auth. *Si minor* C. de temp. in integr. rest. (2, 53).

ſie minderjährig ſind, von der erreichten Volljährigkeit, wobei übrigens den Succeſſoren immer noch von der Verjährungszeit abgeht, was davon etwa ſchon bei dem Verletzten verſtrichen iſt. Daß dieſe Regeln auch für die Reſtitution gegen den Verluſt von Einreden und Dupliken, welche eine ſehr verbreitete Anſicht ganz von der Verjährung ausnimmt, gelten müſſen, iſt bereits im vorigen § ausgeführt worden. Auch haben wir ſchon in anderer Verbindung Gelegenheit gefunden, die ſeltſame Woltaerſche Theorie von dem allgemeinen Wegfallen der hier entwickelten Grundſätze nach heutigem Recht zu widerlegen (§. 25). In der Hauptſache wäre daher hier nichts weiter über die Verjährung der Reſtitution hinzuzuſetzen. Noch aber verdient eine merkwürdige Stelle von Africanus über die Wirkungen der Reſtitutionsverjährung unſere Aufmerkſamkeit, da ſie ganz beſonders geeignet iſt, Mißverſtändniſſe zu erzeugen, ſich jedoch bei richtiger Auffaſſung ergiebt, daß ſie gar nicht mehr anwendbar ſey.

„Africanus *libro VII Quaestionum.* Si quis pro reo reverso fideiusserit, qui cum reipublicae causa abesset, actione qua liberatus sit, deinde annus praeterierit, an fideiussor liberetur? Quod Iuliano non placebat, et quidem si cum fideiussore experiundi potestas non fuit; sed hoc casu in ipsum fideiussorem ex edicto actionem restitui debere, quemadmodum in eum

fideiussorem, qui hominem promissum occiderit" [66]).

Der Fall iſt hier folgender: Ein Schuldner, der einen Bürgen geſtellt hat, iſt in Staatsangelegenheiten abweſend geweſen, und während dieſer Zeit iſt die Klage gegen ihn verjährt. Der Gläubiger hätte dawider zwar restitutio propter absentiam erhalten können, hat jedoch den annus utilis restitutionis in Betreff des Schuldners nach deſſen Rückkehr verſtreichen laſſen, kann alſo dem Schuldner nicht mehr beikommen, und nun wird gefragt, ob auch der Bürge liberirt ſey? Julian, dem Africanus ſtillſchweigend beipflichtet, unterſchied in dieſer Beziehung: Sey der Bürge eben wie der Schuldner fortwährend zu belangen geweſen, dann werde derſelbe allerdings auch frei; keineswegs hingegen, wenn er nicht habe belangt werden können (si cum eo experiundi potestas non fuit), ſondern in dieſem Fall müſſe die Reſtitution gegen ihn noch zugelaſſen werden, eben wie die Klage gegen einen Bürgen, der ſelbſt den Sklaven getödtet, für deſſen Lieferung er intercedirt habe.

Die Anſpielung am Schluß iſt leicht verſtändlich. Obgleich, wer eine individuelle Sache ſchuldig iſt, von ſeiner Verbindlichkeit befreit wird, ſobald dieſe ohne ſeine Schuld zu Grunde gegangen iſt [67]), ſo hilft dies

66) l. 38. §. 4. D. de solut. (46, 3).

67) §. 3. I. de empt. vend. (3. 23), l. 7. pr. D. de per.

doch dem Bürgen für Lieferung der Sache nicht, wenn dieſer gerade den Untergang der Sache bewirkt hat, wobei gewöhnlich in den Quellen das Beiſpiel von der Tödtung eines verſprochenen Sklaven gebraucht wird [68]). Dies iſt das Gleichniß, worauf das Ende unſerer Stelle zielt, woraus zugleich erhellt, daß unter dem vorhergehenden „si cum fideiussore experiundi potestas non fuit" nur der Fall gemeint ſeyn kann, wenn lediglich der Bürge daran Schuld war, daß der Creditor ihn nicht früher belangen konnte.

Wir müſſen nun davon ausgehen, daß Bürgen nach älterem Recht in solidum mit dem Hauptſchuldner hafteten [69]), und daß ein weſentlicher Unterſchied bei Correalſchulden zwiſchen dem Fall beſtand, wenn die Anſprüche daraus in einem tempus continuum, und dem Fall, wenn ſie in einem tempus utile verjährten. Der Ablauf einer Verjährungsfriſt, die ein tempus continuum war, begründete eine exceptio in rem, die praescriptio temporis, und kam daher allen correis debendi zu Statten, wie es auch in der Natur der Sache lag, da die Friſt nothwendig zugleich für alle auf ein Mal ablief. Ganz anders hingegen

et comm. (18, 6), l. 23. D. de V. O. (45, 1), l. 6. C. de per. et comm. (4, 28).

68) l. 32. §. 5. D. de usur. (22, 1), l. 49. pr. l. 88. D. de V. O. (45, 1), l. 95. §. 1. D. de solut. (46, 3), l. 19. D. de dolo (4, 3).

69) l. 5. C. de fideiussor. (8, 41), l. 16. §. 6. D. eod. (46, 1).

bei einem tempus utile. Es konnte ja ſeyn, daß die experiundi potestas in Rückſicht des einen vorhanden war, während ſie in Rückſicht des andern fehlte, daß alſo in Betreff des einen ſchon 365 dies utiles s. quibus experiundi potestas erat verſtrichen waren, während der andere noch belangt werden konnte, wobei denn auch der Grundſatz zur Anwendung kommen mußte, daß die Liberationsgründe, welche ſich bloß auf einen correus beziehen, nicht ebenfalls für die übrigen wirken und dieſe mit befreien [70]).

Aus dieſen Prämiſſen fließt die ſcheinbar ſeltſame Entſcheidung unſerer Stelle völlig conſequent, ſobald man nur zugiebt, was gewiß kein Bedenken leidet, daß Africanus den Fall im Sinne gehabt habe, da die Klage aus der Forderung in einem tempus continuum verjährt, alſo gleichzeitig für Bürgen und Hauptſchuldner erloſchen war. Unmittelbar konnte nun zwar der Creditor weder den einen noch den anderen belangen. Aber wegen der Abweſenheit des Schuldners während der Verjährungsfriſt konnte der Creditor Reſtitution gegen den Verluſt ſeiner Klage erhalten, und da Bürge und Hauptſchuldner zu Africanus Zeit noch in solidum hafteten, ſo ſtand es beim Gläubiger, ob er gegen dieſen oder jenen, oder gegen beide zu-

70) l. 19. D. de duobus reis (45, 2); Anwendungen dieſes Princips enthalten l. 27. pr. D. de pactis (2, 14) und die Stellen in Note 68.

gleich Reſtitution ſuchen wollte. Dabei war es aber folgenreich, daß die in integrum restitutio damals in einem annus utilis verjährte. Denn dieſes Jahr konnte nun für beide nur dann gleichzeitig ablaufen, wenn auch beide fortwährend gegenwärtig waren, und dem Creditor die Möglichkeit gewährte, gegen ſie aufzutreten, wogegen, wenn die experiundi potestas nur in Anſehung des einen Statt fand, der andere auch noch länger der Reſtitution ausgeſetzt blieb. Julian entſchied daher auch vollkommen richtig, daß die Verjährung der Reſtitution in Rückſicht des Schuldners nur in dem Fall zugleich für den Bürgen gelten könne, wenn auch er während derſelben Zeit immer zu belangen geweſen ſey, indem letzterer ſonſt es ſich ſelbſt zuzuſchreiben habe, daß der annus utilis für ihn noch nicht abgelaufen ſey, mithin der Anſpruch des Creditors auf Reſtitution gegen ihn noch fortdauere [71]). Es verſteht ſich übrigens von ſelbſt, daß Julian umgekehrt eben ſo gegen den Schuldner hätte entſcheiden müſſen, wenn dieſer nicht, wohl aber der Bürge intra annum zu belangen geweſen wäre.

Bei dieſer Erklärung iſt indeſſen vorausgeſetzt worden, daß die Bürgſchaft vor dem in der Stelle erwähnten Verreiſen des Schuldners in Staatsangelegenheiten übernommen ſey. Die Worte „si quis pro reo reverso fideiusserit" ſcheinen freilich auf eine der

71) Cuiacii Tract. ad Africanum, tr. VII. in fine.

Rückkehr des Schuldners nachfolgende Bürgſchaft zu deuten, allein das pro reo reverso gehört hier nur zum Ganzen des Falls, bei dem es allerdings weſentlich iſt, daß der Schuldner nach Hauſe gekommen war, ſoll dagegen keineswegs ausdrücken, daß auch die Interceſſion erſt nach der Rückkehr Statt gefunden habe, weil dieſe ja ſonſt für eine bereits verjährte Forderung geſchehen wäre; denn es heißt ja geradezu, daß die Klage während der Abweſenheit des Schuldners erloſchen ſey. Zwar läßt ſich auch bei einer entgegengeſetzten Anſicht über den Sinn jener Worte unſere Erklärung rechtfertigen, nur muß man dann einen ſehr künſtlichen Fall annehmen, um eine gültige Bürgſchaft herauszubringen.

Verjährte Forderungen ſind freilich nicht ipso iure wie durch Zahlung oder Novation getilgt, aber beſtehen auch nicht als obligationes naturales, was jedoch hier nicht gegen die abweichende Meinung Anderer ausgeführt werden kann, ſondern gehören, wie regelmäßig die Forderungen, gegen welche eine peremtoriſche Einrede begründet iſt, zu den obligationes inefficaces s. inutiles s. inanes, welche ſich von den obligationes naturales dadurch unterſcheiden, daß, während bei letzteren Zahlung, Pfand- und Bürgſchaftsbeſtellung-Novation, constitutum debiti und Compenſation auch dann rechtsbeſtändig ſind, wenn der Schuldner nichts davon weiß, daß er nicht hätte belangt werden kön-

nen [72]), bei den obligationes inefficaces dagegen alle dergleichen Handlungen zu ihrer Gültigkeit vorausſetzen, daß der Schuldner die ihm zuſtehende exceptio perpetua gekannt, alſo durch wiſſentliche Beiſeiteſetzung derſelben darauf verzichtet habe, ſonſt aber entweder geradezu nichtig ſind, oder den Widerruf durch die condictio indebiti zulaſſen [73]). Hält man ſich daran, ſo darf in unſerem vorliegenden Fall bei Annahme einer der Rückkehr des Schuldners nachfolgenden Bürgſchaft doch an keine aus Irrthum, nämlich aus Unbekanntſchaft mit der eingetretenen Verjährung geſchehene Bürgſchaftsbeſtellung gedacht werden. Denn eine ſolche wäre von Anfang an nichtig [74]), und würde folglich nicht ein Mal convaleſciren, wenn auch der Creditor Reſtitution gegen die Verjährung erhielte, ſowohl nach der

72) l. 3. §. 7. D. quod quisque iur. (2, 2), l. 13. l. 14. l. 19. pr. l. 38. l. 64. D. de cond. indeb. (12, 6), l. 10. D. de O. et A. (44, 7), l. 16. §. 4. D. de fideiuss. (46, 1),— l. 5. pr. l. 14. §. 1. D. de pign. (20, 1), l. 2. C. de luit. pign. (8, 31), — l. 6. §. 2. l. 7. l. 16. §. 3. D. de fideiuss. (46, 1), — l. 1. §. 1. l. 2. l. 5. l. 14. D. de novat. (46, 2), — l. 1. §. 7 u. 8. D. de pec. const. (13, 5), — l. 6. D. de compens. (16, 2).

73) l. 24. l. 26. §. 3 u. 7. l. 40. l. 56. D. de cond. indeb. (12, 6), — l. 5. §. 3. l. 13. D. quib. mod. pign. (20, 6), — l. 6. D. de V. O. (45, 1), l. 37. D. de fideiussor. (46, 1), l. 112. D. de R. I. (50, 17), l. 3. §. 1. D. de pec. const. (13, 5), — l. 14. D. de compens. (16, 2).

74) l. 37. D. de fideiuss. (46, 1): „Si quis, postquam tempore transacto liberatus est, fideiussorem dederit, fideiussor non tenetur, quoniam erroris fideiussio nulla est."

Regel: Quod ab initio invalidum ex post facto non convalescit [75]), als nach dem §. 30. näher zu entwickelnden Grundſatz, daß die Reſtitution auf die Rechte und Verbindlichkeiten anderer Perſonen, als der Partheien dabei, keinen Einfluß äußert. Eben ſo wenig dürfte aber der Fall ſupponirt werden, da der Schuldner, bekannt mit der Verjährung, durch eine Bürgſchaftsbeſtellung ſchlechthin ſeine Schuld wieder hätte anerkennen wollen, weil dann die Schuld in ihrer alten Wirkſamkeit hergeſtellt wäre, und das nachherige Verſtreichen der Reſtitutionsfriſt ohne alle Folgen ſeyn müßte. Es bliebe mithin nichts übrig, als hier eine bedingte Bürgſchaft vorauszuſetzen, bloß für den Fall beſtellt, wenn es dem Creditor gelingen ſollte, Reſtitution wider die Verjährung zu erhalten. Bei einer ſolchen Bürgſchaft könnte und müßte freilich der Gläubiger noch Reſtitution ſuchen, um wieder eine Klage gegen den Schuldner oder den Bürgen zu erlangen, und zu Africanus Zeit hätte er, wegen des damaligen ſolidariſchen Haftens der Bürgen, dieſe auch gegen den Bürgen impetriren können, wobei dann wiederum Julians Meinung über die Verjährung der Reſtitution Anwendung gelitten hätte, ſo wie ſie vorhin erklärt worden iſt. Man wird mir indeſſen ohne Zweifel zugeben, daß eine Bürgſchaft der erwähnten Art, als gar zu ſeltſam, ſchwerlich jemals vorgekommen ſey, und daß daher auch Africanus,

75) l. 201. l. 210. D. de R. I. (50, 17).

trotz ſeiner Neigung zur Behandlung verwickelter und curioſer Fälle, wohl nicht daran gedacht haben könne. Mag man aber auch hier die Bürgſchaft annehmen, wie man will, ſo viel bleibt immer gewiß, daß unſere Stelle durch Einführung des quadriennium continuum restitutionis ihre Anwendung verloren habe, weil ihre Entſcheidung bloß darauf beruht, daß, ſolange der alte annus utilis noch beſtand, bei einer gegen Mehrere begründeten Reſtitution, der Eine ſchon die Einrede der Verjährung erlangt haben konnte, während die Zeit zur Anbringung des Reſtitutionsgeſuchs in Rückſicht des Anderen noch nicht verſtrichen war, eine Verſchiedenheit, die jetzt nicht mehr möglich iſt, indem das quadriennium ſtets für Alle zugleich ablaufen muß.

§. 28.

VIII. Competenz der reſtituirenden Behörden.

In den Prätoriſchen Edicten über die Reſtitution hatte der Prätor immer nur ſich ſelbſt die Befugniß zur Ertheilung der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand vorbehalten [1]). Als aber jene Edicte in die

1) l. 1-3. D. de in integr. rest. (4, 1), l. 1. §. 1. D. de minor. (4, 4), l. 1. §. 1. D. ex quib. caus. mai. (4, 6), l. 1. §. 6. D. quod falso tut. auct. (27, 6).

Provinzialedicte der Statthalter übergegangen waren 2), und nun auch die Statthalter gleich den Prätoren Reſtitution bewilligten, ſo bildete ſich ſehr natürlich die Anſicht, daß das Reſtituiren überhaupt ein Recht der zur Rechtspflege ermächtigten Beamten ſey, der magistratus qui iurisdictioni praeerant, jedoch, weil das Reſtituiren nicht als ein Act der eigentlichen Juſtiz, ſondern der Regierungsgewalt betrachtet ward, nur derjenigen, welche außer der iurisdictio auch imperium hatten. Aus dem letzteren Grunde konnten die Municipalobrigkeiten nicht in den vorigen Stand einſetzen, da ſie zwar Gerichtsbarkeit in ihrer Commune 3), aber kein imperium im Sinn des Römiſchen Staatsrechts beſaßen 4), und eben dies galt unſtreitig aus gleichem Grunde von den Praefectis iuri dicundo in den Italieniſchen Präfecturen 5), ſo wie von den Defensores civitatum der ſpäteren Zeit 6). Dagegen werden als Inhaber der Reſtitutionsbefugniß ausdrücklich genannt: 1. Die Prätoren, wobei es ſich indeſſen von ſelbſt verſteht, daß der praetor peregrinus nur in Sachen der Peregrinen unter ſich oder mit Römiſchen Bürgern,

2) l. 19. D. quod met. causa (4, 2), l. 12. l. 15. l. 25. l. 27. D. de minor. (4, 4), l. 25. D. ex quib. caus. mai. (4, 6).

3) v. Savigny Geſch. d. R. Rechts im Mittelalter B. I. S. 30 f.

4) l. 26. D. ad municipalem (50, 1).

5) Festus voce *Praefecturae*.

6) v. Savigny a. a. O. S. 63 f.

der praetor fideicommissarius nur in Fideicommiß=ſachen, der praetor fiscalis nur in Verhältniſſen mit dem Fiscus, und die gegen Ende der Republik für die quaestiones perpetuae erwählten Prätoren, nur wenn in den vor ihnen verhandelten Criminalproceſſen eine Läſion vorfiel, Reſtitution gewähren durften, in=dem es ſich nicht annehmen läßt, daß es einem Prä=tor geſtattet geweſen ſeyn ſollte, in Angelegenheiten einzuſchreiten, die gar nicht zu ſeiner Cognition gehör=ten [7]). 2. Der Praefectus urbi [8]). 3. Der Praefectus praetorio [9]). 4. Die Statthalter, Praesides provinciarum aller Art, mit Einſchluß der Legati principis in den kaiſerlichen Provinzen [10]). 5. Die Procuratores Caesaris oder Rationales [11]), jedoch

7) Die eine Zeitlang zu Statthaltern erwählten Präto=ren gehören in die Kategorie der Statthalter, ſind alſo hier nicht beſonders erwähnt worden.

8) l. 16. §. 5. l. 38. pr. D. de minor. (4, 4).

9) l. 17. D. eod.

10) l. 42. D. eod. l. 7. §. 2. l. 8. D. de offic. procons. vel legati (1, 16), l. 10. l. 11. D. de offic. praes. (1, 18), l. 2. C. ubi et apud quem (2, 47). Die bloßen Legaten der Statthalter dürfen hier übri=gens nicht den Legatis princi-pis gleichgeſtellt werden, l. 2. §. 1. l. 3. D. de offic. proc. (1, 16). Dagegen gehörte der Praefectus Augustalis Ae=gyptens zu den kaiſerlichen Statthaltern, und durfte da=her auch ohne Zweifel reſtitui=ren, wie er denn auch imperium beſaß, l. un. D. de offic. praef. Aug. (1, 17). Aber auf den Iuridicus Alexandriae iſt dies nicht auszudehnen. Dieſer war mehr einem bloßen Praefectus iuri dicundo zu ver=gleichen, obgleich ihm mehrere Zweige der höhern Jurisdiction beſonders verliehen waren, l. 1. l. 2. D. de offic. iurid. (1, 20).

11) l. 2. l. 3. C. si adv. fiscum (2, 37).

nur wenn der Beklagte ſich freiwillig vor ihnen einließ [12]). 6. Endlich der Kaiſer ſelbſt [13]). Es iſt aber keine Frage, daß auch noch manche andere Behörden im Römiſchen Staat das Recht der Reſtitutionsertheilung hatten. Namentlich kann dies für die Conſuln nicht bezweifelt werden, und wenn davon nirgends die Rede iſt, ſo mag dies daher rühren, daß die Conſuln ſeit Einführung der Prätur ſich überhaupt wenig mit Rechtsſachen abgaben, ſo daß wohl ſelten Jemand ſich veranlaßt fand, gerade bei ihnen Reſtitution zu ſuchen. Noch weniger kann es Bedenken leiden, daß auch die Oberſtatthalter ſeit Conſtantin d. Gr., die Vicarien in den Diöceſen, und die wieder über dieſen ſtehenden neuen Prätoriſchen Präfecten in den vier Präfecturen, worein das Reich zerfiel, befugt waren, Wiedereinſetzung in den vorigen Stand zu bewilligen, weil ſie ja Beides, iurisdictio und imperium, vereinigten, und gerade im Verhältniß von Oberrichtern zu den ihnen untergeordneten Statthaltern ſtanden. Daſſelbe gilt von den Duces und Magistri militum, die nicht bloß Anführer, ſondern auch die ordentlichen Richter des Militairs waren, vom Comes sacrarum largitionum, dem in allen Sachen, wobei der Fiscus intereſſirt war, Civil- und Criminalgerichts-

12) l. 1. C. de iurisdict. omnium iudicum (3, 13). D. de minor. (4, 4), l. 1. C. ubi et apud quem (2, 47).

13) l. 10. l. 18. l. 38. pr.

barkeit zuſtand, und vom Magister officiorum, bei dem Alles, was zum Hofe gehörte, belangt werden mußte. Doch würde es eine unfruchtbare Mühe ſeyn, hier die ſämmtlichen Römiſchen Magiſtrate durchzugehen, ſonſt wäre auch noch zu unterſuchen, in wie ferne in früherer Zeit die Aedilen in den zu ihrer Cognition gehörigen Angelegenheiten Reſtitution bewilligen konnten, ſo wie die Provinzialquäſtoren, welche in den Provinzen gleiche Jurisdiction mit den Aedilen in Rom hatten [14]). Aber der Anſicht muß hier noch begegnet werden, daß Juſtinian ohne Unterſchied allen Juſtizbeamten, und damit auch den Municipalobrigkeiten das Recht der Reſtitutionsertheilung beigelegt habe [15]). Es ſtützt ſich dieſe Meinung auf die bereits bei einer anderen Gelegenheit [16]) erörterte Verordnung Juſtinians über die Zuläſſigkeit der iudices pedanei im Reſtitutionsproceß [17]). Weil nämlich der Kaiſer hier ſagt: um den Zweifel zu heben, ob nur ein iudex cui aliqua iurisdictio est, d. h. ein Juſtizbeamte, oder auch ein iudex pedaneus Reſtitution ertheilen dürfe, beſtimme er, daß nicht bloß die Beamten ſelbſt, ſondern auch die von ihnen unmittelbar ernannten iudices pedanei,

14) Gaius I. §. 6.

15) Die Anſicht findet ſich bei vielen älteren Juriſten, von denen Oddus P. I. qu. 32. art. 4. die wichtigſten nennt, auch wird ſie von Cocceii ius civ. contr. IV, 1. qu. 2. vertheidigt.

16) M. ſ. oben §. 24.

17) l. 3. C. ubi et apud quem (2, 47).

niemals aber die wieder von dieſen ernannten Subſtituten oder Commiſſaire zur Reſtitutionsertheilung befugt ſeyn ſollten, ſo wenig als die von den Partheien ſelbſt erwählten Schiedsrichter, ſo findet man darin die Anerkennung, daß ein Beamter mit eigener Jurisdiction, wozu allerdings auch die Municipalobrigkeiten gehörten, auf jeden Fall ermächtigt ſey, Wiedereinſetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Dieſer Schluß beruht jedoch auf keiner inneren Nothwendigkeit. Denn da Juſtinian hier nichts über die Competenz der eigentlichen Beamten in Reſtitutionsſachen verfügt, ſondern nur über die Competenz der von ihnen ernannten Commiſſaire, ſo durfte er natürlicherweiſe vorausſetzen, daß man ſeine Verordnung nur auf diejenigen Beamten beziehen werde, welchen nach dem bisherigen Recht die Reſtitutionsbefugniß zukam, ohne daß es erſt nöthig ſey, ſich darüber beſonders auszuſprechen, und ſeine Verordnung enthält daher auch keine hinlängliche Veranlaſſung für uns, eine Abweichung von den älteren Grundſätzen in Rückſicht der Competenz der Behörden anzunehmen.

In anderer Hinſicht kommt jedoch dieſe Conſtitution hier gar ſehr in Betracht. Wie oben bemerkt worden, iſt der iudex pedaneus des Römiſchen Rechts nicht ſowohl dem alten iudex privatus, als unſeren heutigen, von einem Gericht ernannten Commiſſarien, den iudicibus delegatis nach Canoniſchem Sprachgebrauch, zu

vergleichen. Juſtinian ſetzt nun a. a. O. feſt, daß die Richter nicht bloß für den Reſtitutionsproceß ſelbſt einen iudex pedaneus beſtellen dürfen, ſondern daß auch ein für einen andern Proceß ernannter iudex pedaneus, wenn darin incidenter eine Reſtitution nöthig wird, dieſe ebenfalls bewilligen kann. Dies iſt folglich auch heutzutage auf die Commiſſaire anzuwenden, welchen irgend ein Proceß übertragen iſt, ſo ferne ſie nur für den ganzen Proceß, und nicht bloß für einen einzelnen Act committirt ſind. Auch iſt die Juſtinianiſche Verordnung in dieſem Sinn von Gregor IX. aufgefaßt, der dieſelbe zum Theil faſt wörtlich wiedergiebt, aber dabei iudex delegatus für iudex pedaneus ſubſtituirt [18]. Außerdem hat Juſtinian die Erwählung von Schiedsrichtern zur Entſcheidung über die Statthaftigkeit der Reſtitution a. a. O. ausdrücklich verworfen. Ueber die Frage, ob ein Schiedsrichter nicht wenigſtens alsdann Reſtitution ertheilen könne, wenn in einem vor ihm geführten Proceß ein Reſtitutionsfall eintrete? ſpricht Juſtinian dabei ſich freilich nicht aus. Nach einem Reſcript von Antoninus Caracalla ſcheint aber auch dies bei den Römern als unzuläſſig gegolten zu haben, indem hierin erklärt wird, daß eine Parthei wohl gegen die Folgen ihres Nichterſcheinens vor dem Schiedsrichter in den vorigen Stand geſetzt werden könne, wenn ſie dem

18) cap. 9. X. de in integr. rest. (1, 41).

Statthalter beweiſe, aus einer die restitutio propter absentiam begründenden Urſache nicht erſchienen zu ſeyn [19]). Auch kann es bei der Römiſchen Theorie, die Reſtitution als eine von der Regierungsgewalt ausgehende Gnade zu betrachten, in der That nicht anders ſeyn. Darüber hat indeſſen Gregor IX. eine andere Anſicht gehabt; denn obgleich er auch die Erwählung von Schiedsrichtern für den Reſtitutionsproceß verwirft, ſo geſtattet er doch einem Schiedsrichter, eine nur incidenter nöthig werdende Reſtitution zu gewähren [20]), was höchſt wahrſcheinlich bloß auf einem Mißverſtändniß, auf einer irrigen Uebertragung deſſen auf die Schiedsrichter, was Juſtinian nur für die iudices pedanei angeordnet hatte, beruht, auch an ſich keine Billigung verdient. In der Regel wenigſtens wird die Abſicht der Partheien auf weiter nichts gerichtet ſeyn, als dem Schiedsrichter die rechtliche Beurtheilung und Entſcheidung ihres Rechtsſtreits zu überlaſſen, und diejenige Parthei, deren Gegner incidenter Reſtitution erhält, kann ſich daher mit Recht darüber beſchweren, daß der Schiedsrichter ſich hier einen nur den Staatsbehörden gebührenden Act der Gnadenerweiſung erlaube, wozu ſie ihrestheils ihn weder habe ermächtigen können, noch wollen. Ich möchte deswegen hier wiederum die Regel der Praktiker in Anwendung

19) l. 2. C. quib. ex caus. mai. (2, 52).

20) cap. 9. X. cit.

bringen, daß nur aus einem Irrthum hervorgegangene Abweichungen des Canoniſchen Rechts vom Römiſchen nicht zu berückſichtigen ſind.

Wichtiger iſt indeſſen eine andere Abänderung der Juſtinianiſchen Conſtitution durch Gregor IX., die auch wohl nicht auf einem Mißverſtändniß beruht. Obſchon nämlich ſeine erwähnte Decretale ſichtbar nur eine abgekürzte Copie jener Conſtitution iſt, ſo nimmt er doch gleich anfangs eine andere Wendung. Denn während Juſtinian nur darauf ausgeht, die Zuläſſigkeit der iudices pedanei im Reſtitutionsproceß zu beſtimmen, entſcheidet Gregor zugleich über die Competenz der Beamten ſelbſt, und erklärt, daß alle iudices ordinarii administrationem habentes und die von ihnen ernannten Delegaten das Recht der Reſtitutionsertheilung hätten. Dabei iſt freilich wohl nur an die Inhaber der geiſtlichen Gerichtsbarkeit gedacht, an die Päbſte [21]), die Biſchöfe u. ſ. w.; allein dieſe Erklärung iſt doch der Grund geworden, daß man in der Deutſchen Praxis immer jeden Richter und jedes Gericht als Inhaber des Rechts, in den vorigen Stand einzuſetzen, angeſehen hat, wozu jedoch auch mitgewirkt haben mag, daß man eben dies auch ſchon in Juſtinians Conſtitution zu finden glaubte, vor Allem

21) Die Decretalen cap. 2-8. X. de in integr. rest. (1, 41) enthalten lauter päbſtliche Entſcheidungen über die Reſtitutionsgeſuche.

aber, daß die Römiſchen Begriffe über Beamten mit und ohne Imperium in Deutſchland nicht wohl in Anwendung zu bringen waren. Zu wünſchen iſt aber gewiß, daß dieſe große Ausdehnung der Reſtitutions=befugniß, wo es nicht bereits geſchehen iſt, wieder geſetzlich beſchränkt werden möge. Das Reſtituiren kommt freilich überhaupt nicht mehr ſo häufig vor, als bei den Römern der Fall geweſen zu ſein ſcheint, aus=genommen bei proceſſualiſchen Verſäumniſſen. In der letzteren Beziehung dient aber auch in mehreren Län=dern die Reſtitution zu einer argen Verſchleppung der Rechtsſtreitigkeiten, was ohne alle Frage viel weniger der Fall ſeyn würde, wenn eine ſäumige Parthei ſich immer erſt an die Landesregierung ſelbſt, oder wenig=ſtens an die höchſten Gerichte wenden müßte, um in den vorigen Stand eingeſetzt zu werden. Man würde dann ſich mehr vor Verſäumniſſen in Acht nehmen; und mögen auch andere Anwendungen der Reſtitution als im Proceß jetzt etwas ziemlich Seltenes geworden ſeyn, ſo ſind ſie doch noch immer möglich, wobei es in der Natur der Sache liegt, daß von einem gewöhn=lichen Unterrichter viel eher aus Partheilichkeit, Freund=ſchaft oder Feindſchaft ein Mißbrauch der ein ſo freies Ermeſſen zulaſſenden Reſtitutionsgewalt zu beſorgen iſt, als von den höheren Behörden, ſchon darum, weil jener gewöhnlich allein ſteht, während dieſe meiſtens ein Collegium bilden.

Als eine hiſtoriſche Merkwürdigkeit mag hier beiläufig angeführt werden, daß, als Kaiſer Ferdinand II. im Jahr 1623 zuerſt der Juriſtenfacultät zu Ingolſtadt die vorher niemals einer Facultät beigelegte Pfalzgrafenwürde verlieh, er derſelben damit zugleich die Befugniß einräumte, Kirchen und Gemeinheiten in den vorigen Stand einzuſetzen [22]), und daß, als ſpäterhin auf mehreren Univerſitäten die Pfalzgrafenwürde an das Rectorat oder Prorectorat geknüpft ward, damit auch die Reſtitutionsgewalt, und zwar ganz unbeſchränkt, verbunden zu werden pflegte. Namentlich finden wir dies in dem ungedruckten Stiftungsprivilegium Ferdinands III. für die Kieler Univerſität v. 1652, und in den Privilegien für Halle [23]), und Göttingen [24]).

Inſoferne übrigens ein Richter ſich vermöge eines mandatum jurisdictionis einen temporairen Stellvertreter ernennt, muß auch dieſer, wie Dompierre [25]) richtig bemerkt hat, zur Reſtitutionsertheilung befugt ſeyn. Dies folgt ſchon aus dem Römiſchen Grundſatz, daß mit der iurisdictio mandata auch das imperium mixtum übergehe [26]), und da ja ſogar ein bloßer für

22) Annales Ingolstadienses. Ingolst. 1782. 4. T. 4. p. 283 seq.

23) J. C. v. Dreyhaupt Beſchreibung des Saalkreiſes. Halle, 1750. Fol. Th. 2. S. 70-72.

24) Privil. Acad. Georg. Aug. p. 220-222.

25) l. c. tit. 1. §. 19.

26) l. 1. §. 1. l. 5. §. 1. D. de offic. eius cui mand. est iurisd. (1, 21).

einen einzelnen Proceß ernannter Commiſſair hierin auch Reſtitution bewilligen darf, ſo verſteht es ſich um ſo mehr von ſelbſt, daß auch der, dem die geſammte Verwaltung eines Richteramts aufgetragen iſt, nicht weniger Recht haben kann.

Nun entſteht aber noch die Frage, welcher Richter in concreto als competent zu betrachten ſey? In dieſer Beziehung können wir davon ausgehen, daß die Reſtitution immer gegen einen beſtimmten Gegner geſucht werden muß, auch die ſogenannte restitutio in rem. Da nun im Allgemeinen ein Reſtitutionsgeſuch nach Analogie der Klagen behandelt wird, ſo liegt es in der Natur der Sache, daß das Geſuch bei dem Richter anzubringen iſt, bei welchem man den Gegner belangen könnte oder gar müßte, wenn man eine eigentliche Klage gegen ihn erhöbe. In Anſehung des forum domicilii des Gegners wird dies auch ausdrücklich bemerkt [27]), und es fehlt an allem Grunde, darin etwas Singulaires zu erkennen, daher es als ganz willkührlich erſcheint, wenn Manche [28]) das ge=

27) l. 2. C. ubi et apud quem (2, 47). „Quoniam ea quae in transactione dari placuerat, te tradidisse proponis, consequens est, si de his repetendis per in integrum restitutionem, vel quamcunque aliam causam putaveris agendum, eius adire te provinciae Praesidem, in qua domicilium habent quos convenis."

28) Namentlich Glück Comm. B. 5. S. 406 u. die daſ. Angef.

meinrechtliche forum contractus [29]) bei Reſtitutionsgeſuchen wider den geſchloſſenen Vertrag nicht als begründet anſehen wollen [30]). Es iſt dies um ſo inconſequenter, da man für die Reſtitution gegen den Verluſt des Eigenthums einer unbeweglichen Sache das Gericht des forum rei sitae [31]) als competent anerkennt. Wir können und müſſen in Ermangelung abweichender Normen hier überhaupt die allgemeinen Regeln über den Gerichtsſtand und die Competenz der Gerichte in Anwendung bringen. Demzufolge iſt auch wenn incidenter in einem Proceß Reſtitution geſucht wird, das Gericht in der Hauptſache für dieſen Incidentpunkt wie für alle Incidentſachen competent, was dadurch beſtätigt wird, daß Juſtinian ſogar den iudicibus pedaneis über dergleichen incidenter zur Sprache kommende Reſtitutionen zu entſcheiden geſtattet hat [32]). Selbſt das gemeinrechtliche forum reconventionis glaube ich für die Reſtitutionsgeſuche geltend machen zu dürfen, ſo daß ein Beklagter auch eine mit der gegen ihn erhobenen Klage in gar keiner Verbindung ſtehende Bitte

29) l. 19. §. 1. l. 20. D. de iudic. (5, 1), l. 3. D. de reb. auct. iud. (42, 5), l. 3. C. de iurisd. omn. iud. (3, 13).

30) Die Competenz des forum contractus in Betreff der Reſtitution iſt auch noch im Jahr 1831 von der Kieler Juriſtenfacultät, bei Gelegenheit eines Reſtitutionsgeſuchs aus dem Hannöverſchen wider einen Erbvergleich, anerkannt worden, und zwar unabhängig von meiner Anſicht.

31) l. 3. C. ubi in rem act. (3, 19).

32) l. 3. C. ubi et apud quem (2, 47).

um Reſtitution wider den Kläger bei dem Gericht, bei welchem er belangt iſt, einreichen kann.

Es iſt jetzt nur noch einer Regel zu erwähnen, welche bloß die Reſtitution gegen gerichtliche Entſcheidungen und andere obrigkeitliche Decrete und Verfügungen betrifft. Nach demſelben Princip, welches für das merkwürdige gegenſeitige Veto der Römiſchen Magiſtrate galt, daß zwar der gleiche und der höhere Beamte alle Maaßregeln eines andern verbieten könne: „Par maiorve potestas plus valeto", nicht aber auch der niedere Magiſtrat die Handlungen eines höheren [33]), war es gleichfalls nur dem gleichen und dem höheren Beamten, vorausgeſetzt, daß die Sache an ſich zu ſeiner Cognition geeignet war, niemals dagegen dem geringeren erlaubt, die Erkenntniſſe und Decrete eines anderen durch Wiedereinſetzung Jemandes in den vorigen Stand aufzuheben [34]). In Gemäßheit dieſes ſehr natürlichen Grundſatzes, konnte gegen die Entſcheidungen des Kaiſers nur der Kaiſer ſelbſt wieder Reſtitution

33) Cic. de legib. III. c. 4; Appian. de bello civ. I. c. 12, III. c. 50; Liv. III. c. 36, XXX. c. 24; F. C. Conradi Ius prov. ex antiq. Rom. erutum c. 3, in ſ. Script. min. ed. Pernice T. I. p. 3 f.

34) l. 18. pr. D. de minor. (4, 4). „Minor autem magistratus contra sententiam maiorum non restituet." Von dem Reſtitutionsrecht der gleichen Magiſtrate ſteht hier zwar nichts, aber es folgt ſchon argumento a contrario aus dieſer Stelle, auch kommt der Fall vor, daß Jemand ſich vom Prätor an den Praefectus urbi wandte, der doch an ſich nich höher ſtand, l. 38. D. eod.

ertheilen [35]), ſo wie auch gegen die Entſcheidungen eines iudex a principe datus [36]), oder eines procurator Caesaris [37]), weil dieſe als Stellvertreter des Kaiſers galten. Etwas Beſonderes war es aber, daß auch die Erkenntniſſe des Praefectus praetorio der Vorconſtantiniſchen Zeit nur von ihm ſelbſt umgeſtoßen werden konnten. Denn wiewohl dieſer als Chef der Prätorianer factiſch vom höchſten Einfluß im Staate war, ſo war er doch der Theorie zufolge nicht eben ſehr hoch geſtellt. Auch wird bemerkt, daß ſich dieſes ſingulaire Recht auf ein eigenes Privilegium gründe [38]). Daß ein Richter gegen ſeine eigenen Decrete und Urtheile Reſtitution bewilligen könne, braucht nach dem eben Geſagten kaum noch erſt bemerkt zu werden [39]), und dagegen wird auch, wo noch die Reſtitutionsgewalt mit der richterlichen verknüpft iſt, wohl Niemand etwas einzuwenden haben, ſo wenig als gegen die Erbittung der Reſtitution bei den Obergerichten wider die Sprüche und ſonſtigen Maaßregeln der ihnen ſubordinirten Untergerichte. Deſto mehr möchte aber die Reſtitutionsertheilung von Seiten coordinirter

35) l. 18. §. 1-3. D. eod.

36) l. 1. §. 4. D. eod. l. 3. C. si adv. rem iud. (2, 27).

37) l. 1. C. ubi et apud quem (2, 47).

38) l. 1. §. 2. D. de offic. praefecti praetor. (1, 11). l. 17. D. de minor. (4, 4).

39) l. 16. §. 5. D. eod. Die l. 14. D. de re iud. (42, 1) ſteht dem nicht entgegen, da ſie nur auf willkührliche Aenderung eines Urtheils geht. Voet Comm. ad Pand. IV, 1. §. 2.

Gerichte, ſelbſt ſolcher, die an ſich auch in der Sache competent geweſen wären, heutzutage Anſtoß erregen; auch läßt ſich nicht leugnen, daß es mit einer guten Rechtspflege ſchwer vereinbar iſt, wenn ein Gericht die Acte eines anderen von ihm unabhängigen Gerichts reſcindiren darf; nur geſtehe ich nicht zu wiſſen, wie ſich ein ſolches Einſchreiten coordinirter Behörden beſtreiten ließe; denn daß man jetzt die Reſtitutionsgewalt, abweichend vom Römiſchen Recht, durchaus jedem Richter einräumt, rechtfertigt es noch nicht, auch in anderer Rückſicht die Römiſchen Grundſätze über die Ermächtigung zur Wiedereinſetzung in den vorigen Stand zu verlaſſen.

§. 29.

IX. Wirkungen der Reſtitution:

1. Für die Partheien ſelbſt.

Bis hierher haben wir uns nur noch mit den materiellen und formellen Bedingungen der Reſtitution beſchäftigt. Jetzt ſind nun die Wirkungen der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand zu entwickeln, die wir in zwey Hauptbeziehungen zu betrachten haben. Zunächſt ſind nämlich die unmittelbaren Wirkungen für die Partheien ſelbſt zu beſtimmen, und dann die mittelbaren Folgen anzugeben, welche ſie für Dritte haben kann. Auf einzelne ſchwierige Fragen ſtoßen wir dabei

freilich auch hier wieder; im Ganzen genommen, gehört aber doch die Lehre von den Wirkungen der Reſtitution zu den leichteren Theilen unſerer Unterſuchung.

Die allgemeine aus dem Zweck der Reſtitution ſelbſt hervorgehende Folge der rechtskräftig ertheilten Wiedereinſetzung in den vorigen Stand iſt, daß der Reſtituirte ſeine verlornen Rechte wieder erhält, und von den für ihn begründeten Verbindlichkeiten befreit wird [1]). Indeſſen darf dieſe Herſtellung des früheren Rechtszuſtandes nicht ganz unbeſchränkt genommen werden. Denn wie bereits in anderer Verbindung angedeutet worden iſt [2]), und wie im folgenden § noch näher auszuführen ſeyn wird, geht die Reſtitutionsertheilung ſelbſt bei der restitutio in rem an und für ſich nur wider den oder die Gegner im Reſtitutionsproceß, keineswegs aber auch gegen Dritte, die an dieſer Verhandlung keinen Theil genommen haben, ſo daß man z. B. im Fall der Reſtitution wider den Verluſt des Eigenthums nicht berechtigt wird, die Sache gleich von jedem Beſitzer zu vindiciren, wie es doch zuläſſig ſeyn müßte, ſo ferne man hier unmittelbar vollkommen ins Eigenthum wieder eingeſetzt würde. Außerdem müſſen wir uns hier der bedingten Reſtitu

1) l. 24. §. 4. D. de minor. (4. 4), l. 87. §. 1. D. de adq. her. (29, 2), l. 17. D. de his quae ut indign. (34, 9), l. 1. §. 2. D. de collat. (37, 6).

2) M. ſ. oben §. 22. Nr. III.

tion vermöge des „rescisso quod gestum est dare iudicium" erinnern, wobei der Reſtituirte noch erſt einen andern Proceß gewinnen muß, um wirklich zum Ziel zu gelangen. Abgeſehen aber von dieſer bedingten oder eventuellen Reſtitution, auf die wir weiterhin zurückkommen werden, wird durch die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, im Verhältniß zum Gegner wenigſtens, das verletzende Ereigniß mit allen ſeinen Folgen aufgehoben, und der frühere Zuſtand wieder ins Leben gerufen. Die Reſtitution umfaßt daher auch die Acceſſionen ihres Hauptgegenſtandes, wobei ſelbſt nichts darauf ankommen kann, ob dies im Erkenntniß ausgedrückt iſt oder nicht, weil dieſe Nebenwirkung im Weſen der Reſtitution liegt. Wenn alſo eine Forderung hergeſtellt wird, ſo leben auch die zugleich mit derſelben erloſchenen acceſſoriſchen Rechte, wie Pfandrechte, Bürgſchafts- und Zinsobligationen u. ſ. w., wieder auf [3]). Wer gegen Antretung einer Erbſchaft reſtituirt wird, bekommt ſeine durch Confuſion erloſchenen Forderungen wieder [4]). Der gegen Ausſchlagung der Erbſchaft in den vorigen Stand geſetzte Deſcendent des Erblaſſers erhält auch wieder Anſpruch auf Collation ſeiner Geſchwiſter [5]), und durch Umſtoßung eines in iudicio

3) l. 27. §. 2. D. de minor. (4, 4).

4) l. 87. §. 1. D. de adq. her. (29, 2), l. 17. D. de his quae ut indign. (34, 9).

5) l. 1. §. 2. D. de collat. (37, 6).

famosi gefallenen condemnatoriſchen Urtheils erliſcht auch die daran geknüpfte Infamie [6]).

Aber nicht bloß dem Reſtituirten ſoll zu dem Seinigen verholfen werden, ſondern auch der Gegner bekommt Alles wieder, was er durch das nun reſcindirte Geſchäft übertragen, aufgegeben, oder folgeweiſe eingebüßt hat [7]); gerade wie der Creditor bei der Interceſſion eines Frauenzimmers ſeine dafür aufgegebenen Rechte zurück erhält, wenn die Intercedentin ſich auf das Vellejaniſche Sanatusconſult beruft [8]), und dies gilt ebenfalls von den acceſſoriſchen Rechten [9]). Dagegen erſtreckt es ſich nicht auf die mit den hergeſtellten Rechten des Reſtituirten bloß connexen Rechte des Gegners, wenn dieſe nicht um jener willen erloſchen ſind, weshalb mit der Reſtitution das iudicium directum, nicht zugleich das auch ſchon, aber ohne Compenſation und Deduction, erledigte iudicium contrarium wieder auflebt [10]). Ueberdies findet ſich ausnahmsweiſe, daß der Gegner des Reſtituirten aus be-

6) l. 1. §. 10. D. de postulando (3, 1).

7) l. 2. §. 1. D. si ex nox. causa ag. (2, 9), l. 24. §. 4. l. 47. §. 1. l. 50. D. de min. (4, 4), l. 48. §. 1. D. de fideiussor. (46, 1), l. 2. C. si adv. transact. (2, 32), l. un. §. 1. C. de reput. quae fiunt (2, 48), l. 2. C. si ut om. hered. (2, 40).

8) l. 12. D. de min. (4, 4), l. 8. §. 7-14. l. 13. §. 2. l. 14. l. 16. §. 1. l. 32. §. 5. D. ad SCt. Vellei. (16, 1), l. 8. l. 16. C. eod. (4, 29).

9) l. 50. D. de minor. (4, 4).

10) l. 28. D. eod.

ſonderen Gründen theils gar nicht, theils nur unvollſtändig in ſeine frühere Lage verſetzt werden ſoll.

1. Ein Fall dieſer Art iſt, wenn Jemand durch Betrug des Creditors zu einer Interceſſion verleitet worden iſt. Zur Strafe des argliſtigen Gläubigers ſoll hier auch nach der Reſtitution die Fortdauer der Interceſſion fingirt werden und zwar nicht bloß zu Gunſten von Mitbürgen, die alſo das beneficium divisionis gegen den Creditor behalten, ſondern bei der privativen Interceſſion ſogar zu Gunſten des befreiten Hauptſchuldners [11]).

2. Ein anderer Fall kommt bei der Reſtitution gegen Antretung einer verſchuldeten Erbſchaft vor. Sind hier ſchon einige Erbſchaftsgläubiger aus der Maſſe befriedigt worden, ſo erhalten die anderen nicht ihren Anſpruch auf gleiche Befriedigung wieder, ſondern jenen verbleibt unvermindert, was ſie ein Mal bekommen haben [12]), und da die Miterben auch nicht genöthigt ſind, die durch die Reſtitution vacant gewordene Erbportion anzunehmen [13]), ſo erlangen die Creditoren auch nicht das Recht, von den Miterben Be-

11) l. 48. §. 1. D. de fideiussor. (46, 1).

12) l. 31. D. de minor. (4, 4). Dies iſt Folge des Princips, daß die Reſtitution Dritten nicht ſchadet (§. 30). Denn die Gegner ſind hier nur noch die unbefriedigten Creditoren, die befriedigten erſcheinen ſchon als unbetheiligte Dritte.

13) l. 61. l. 55. D. de adq. hered. (29, 2).

friedigung zu erlangen, wie ſie es könnten, wenn der Reſtituirte gar nicht angetreten hätte, und folglich das Anwachſungsrecht zur Anwendung gekommen wäre.

3. Noch ein Fall iſt endlich, wenn ein Zwang durch Mißbrauch einer Amtsgewalt oder eines Verwandtſchafts- oder Freundſchaftsverhältniſſes ausgeübt worden iſt, wo der Zwingende bei der Reſtitution gar nichts wieder erhalten ſoll [14].

Häufig kann nun übrigens die Reſtitution mit dem bloßen Erkenntniß darüber abgethan ſeyn, ohne daß factiſch etwas von der einen oder der anderen Seite zu leiſten wäre. So namentlich, wenn eine noch unerfüllte Verbindlichkeit aufgehoben wird, oder ein Recht wieder gegeben wird, welches man doch noch nicht hätte ausüben dürfen und durch deſſen temporairen Verluſt man daher weiter nicht in Schaden gekommen iſt, oder wenn man ein Recht zu einer Handlung wieder bekommt, die man jetzt noch eben ſo gut wie früher vornehmen kann [15], und überhaupt in allen Fällen, in welchen die Verletzung noch bloß in dem Verluſt von Rechten, oder der Begründung von Verbindlichkeiten liegt, ohne daß man bereits die Folgen dieſes Verluſtes oder dieſer Verbindlichkeiten empfunden hätte. Sobald aber wirklich ſchon etwas geleiſtet, hingegeben, veräußert worden iſt, oder wenn Sachen von Anderen

14) l. 11. C. de his quae vi (2, 20).

15) l. 7. §. 11. D. de minor. (4, 4).

uſucapirt ſind, kurz wenn man nicht bloß juriſtiſch, ſondern auch factiſch lädirt iſt, dann genügt natürlich eine bloß formelle Reſtitution nicht mehr. Hier tritt alsdann für den, gegen welchen man reſtituirt worden iſt, die Pflicht ein, alles, was er vermöge der nunmehr reſcindirten Verträge, Urtheile, Verjährung u. ſ. w. erworben oder behalten hat, herauszugeben [16]), und wenn er dies nicht kann, verſteht ſich den Fall des rein caſuellen Verluſtes ausgenommen, zu erſetzen [17]). Mit der Hauptſache muß man auch die Früchte und Acceſſionen herausgeben, ſo wie Erſatz für Beſchädigung der zu reſtituirenden Sachen leiſten [18]), wobei in Ermangelung näherer Beſtimmungen die für die Vindication geltenden Grundſätze in Anwendung zu bringen ſind, was auch dadurch beſtätigt wird, daß der Beklagte in böſem Glauben hier wie bei der Vindication ſogar für die fructus percipiendos haftet [19]), und daß auch hier gezogene Nutzungen nur in ſoweit zu reſtituiren ſind, als darauf ausdrücklich erkannt

16) l. 24. §. 4. l. 27. §. 1. l. 40. §. 1. D. eod. l. 23. §. 2. D. ex quib. caus. mai. (4, 6), l. 32. §. 4. D. de adm. tut. (26, 7), l. 22. l. 75. D. de V. S. (50, 16), l. 1. C. de fide et iure hastae fiscalis (10, 3).

17) l. 48. §. 1. D. de minor. (4, 4), l. 30. §. 1. D. ex quib. caus. mai. (4, 6).

18) l. 24. §. 4. l. 27. §. 1. l. 40. §. 1. D. de min. (4, 4), l. 28. §. 6. D. ex quib. caus. mai. (4, 6), l. 38. §. 4 u. 6. D. de usur. (22, 1), l. 10. §. 20. D. quae in fraud. cred. (42, 8), l. 22. l. 35. l. 75. l. 81. D. de V. S. (50, 16).

19) Arg. leg. 10. §. 20. D. quae in fraud. cred. (42, 8).

worden iſt [20]). Verzugszinſen können aber bei der Reſtitution wider Verjährung einer Forderung nur verlangt werden, wenn beim Schuldner, nicht auch wenn beim Creditor ſelbſt das Hinderniß der rechtzeitigen Einklagung der Schuld Statt gefunden hat [21]). Steht der Belangte in der Gewalt eines Anderen, und dieſem ſind die Vortheile aus dem jetzt umgeſtoßenen Geſchäft zugefloſſen, ſo hat Letzterer auch die hier beſchriebene Verbindlichkeit zur factiſchen Reſtitution, ſo weit als er etwas erworben hat [22]).

Auf der andern Seite muß aber auch der Reſtituirte herausgeben, was er in Folge des nun aufgehobenen Factums bekommen oder behalten hat, oder ohne ſeinen dolus haben würde, indem auch er keinen Gewinn von der Reſtitution haben ſoll [23]). Auch muß er eben ſo die Nutzungen reſtituiren [24]) und für Beſchädigungen oder Verluſt von Sachen Erſatz leiſten [25]), oder

20) l. 67. §. 4. D. de cond. indeb. (12, 6).

21) l. 17. §. 3. l. 38. §. 6. D. de usur. (22, 1).

22) l. 24. §. 3. D. de minor. (4, 4).

23) l. 24. §. 4. l. 27. §. 1. l. 33. l. 40. §. 1. l. 41. l. 47. §. 1. D. de min. (4, 4), l. 28. §. 6. l. 29. D. ex quib. caus. mai. (4, 6), l. 78. §. 1. D. de legat. II. (31), l. 26. D. de lib. leg. (34, 3), l. 3. l. 4. C. de his quae vi (2, 20), l. un. pr. §. 2. C. de reput. quae fiunt (2, 48), l. 6. C. de rest. mil. (2, 51), l. 2. C. de uxor. mil. (2, 52), Paul. S. R. I. 9. §. 7, c. 8. X. de in integr. rest. (1, 41), c. 11. X. de reb. eccles. alien. (3, 13).

24) l. 40. §. 1. l. 47. §. 1. D. de minor. (4, 4).

25) l. un. §. 2. C. de reput. quae fiunt in iud. in integr. rest. (2, 48).

wenigſtens wenn ihm Klagen gegen Dritte wegen der Sachen zuſtehen, dieſe cediren [26]). Doch ſind Minderjährige in letzterer Hinſicht ſehr begünſtigt; indem ſie nicht bloß, wie Andere, nicht für den aus Caſus herrührenden Schaden und Verluſt haften, ſondern ſogar nicht für das verantwortlich ſind, was ſie durch eigene Schuld, jedoch ohne Argliſt, von dem Empfangenen verloren und verſchleudert haben, mithin überall nur das herauszugeben oder zu erſetzen brauchen, was ſie noch beſitzen, oder was wirklich zu ihrem Nutzen verwendet worden iſt, in rem eorum versum est [27]).

Zweifelhaft könnte man ſeyn, wie es im Fall der restitutio in rem gegen einen dritten Beſitzer zu halten ſey. Allerdings muß der Reſtituirte auch hier herausgeben, was er für die Sache bekommen hat [28]), allein es wird dabei nicht geſagt, an wen, und es entſteht alſo die Frage, ob die Herausgabe an den geſchehen muß, von dem man die Sache wieder bekommt, oder an den, an welchen man die Sache veräußert hat, und von welchem folglich der für die Sache empfangene Preis herrührt. Auf der einen Seite ſcheint es billig, daß dem Beſitzer, dem die Sache abgenommen wird,

26) l. 27. §. 1. D. de minor. (4, 4). (26, 7), l. 1. l. 2. C. si advers. cred. (2, 38).

27) l. 7. §. 5. l. 22. l. 24. §. 4. l. 27. §. 1. l. 31. D. eod. l. 32. §. 4. D. de admin. tut.

28) l. 3. C. de his quae vi (2, 20), l. 6. C. de rest. mil. (2, 51), l. 2. C. de uxor. mil. (2, 52).

doch wenigſtens das zu Theil werde, was der Reſtituirte für die Sache erhalten hat. Auf der anderen Seite kommt aber wieder in Betracht, daß jener hier, wie bei der Vindication, Evictionsleiſtung von ſeinem Auctor fordern kann [29]), ſo daß auch Grund vorhanden iſt, Letzterem ſelbſt wieder zufließen zu laſſen, was er dem jetzt Reſtituirten für die Sache bezahlt hat. Folgende Gründe ſcheinen mir indeſſen für die Herausgabe des Preiſes an den Beſitzer der Sache, gegen den die Reſtitution impetrirt iſt, zu ſprechen. Es heißt durchgehends: der Reſtituirte müſſe, was er ſeinerſeits bekommen, an ſeinen Gegner herausgeben, und dies iſt ja bei der restitutio in rem nicht der, an welchen die Sache vom Verletzten veräußert worden iſt, ſondern der Beſitzer zur Zeit der Reſtitution. Der Auctor von dieſem leidet dadurch auch keinen Schaden; denn begreiflicherweiſe kann er bei der Evictionsleiſtung abziehen, was jener vom Reſtituirten herausbekommen hat. Dagegen könnte der Beſitzer der Sache bei einem anderen Verfahren ſehr leicht in Nachtheil gerathen. Denn die Erlangung der Evictionsleiſtung von ſeinem Auctor kann oft ſchwierig oder ganz unmöglich ſeyn, während, wenn der Reſtituirte den empfangenen Preis an ihn abliefern muß, ihm wenigſtens dieſer geſichert iſt, da er dann auch nur gegen Ablieferung des

29) l. 15. D. de minor. (4, 4), l. 39. pr. D. de evict. (21, 2).

Preiſes die Sache herzugeben braucht, und ſich ſonſt mit der exceptio doli im Beſitze ſchützen kann [30]). Hätte freilich der Beſitzer die Sache durch Schenkung oder Vermächtniß, überhaupt umſonſt erhalten, dann würde anders zu erkennen, und dem Auctor oder deſſen Erben der an den Reſtituirten bezahlte Preis zuzuſprechen ſeyn.

In ſo ferne übrigens ein Theil, es ſey der Reſtituirte oder ſein Gegner, Verwendungen auf die zurückzuliefernden Sachen gemacht hat, müſſen impensae necessariae und utiles immer erſetzt werden. In Rückſicht der impensae voluptuariae findet, wie gewöhnlich, ein bloßes ius tollendi Statt [31]).

Alle angegebenen Wirkungen treten jedoch nur ein, wenn der Reſtituirte von der Reſtitution Gebrauch machen will. Denn dieſer kann nicht bloß während der Verhandlung ſein Geſuch fallen laſſen [32]), ſondern auch nach Ertheilung der Reſtitution darauf verzichten, ohne daß der Gegner ein Recht auf Vollziehung des Erkenntniſſes hätte [33]). Nur ſetzt dieſer Verzicht voraus, daß nicht ſchon die Reſtitution auch factiſch voll-

30) l. 14. C. de praed. et al. reb. min. (5, 71).

31) l. 39. §. 1. D. de minor. (4, 4), l. 32. §. 5. D. de adm. tut. (26, 7), l. 10. §. 20. D. quae in fraud. cred. (42, 8), c. 1. X. de in integr. rest. (1, 41).

32) l. 20. §. 1. l. 21. l. 30. D. de minor. (4, 4).

33) l. 41. D. eod. l. 2. §. 10. D. ad SCt. Tertull. (38, 17).

zogen ſey, indem dieſelbe alsdann nur durch eine neue Reſtitution wieder umgeſtoßen werden kann [34]).

Die Anwendung der hier entwickelten Grundſätze bei der restitutio cognitione praetoria bedarf keiner weiteren Erläuterung. Aber über ihre Anwendung bei der eventuellen Reſtitution, vermöge des rescisso negotio dare iudicium, iſt noch Einiges zu ſagen. Hier kann der Natur der Sache zufolge, der Gegner des Reſtituirten erſt dann verbunden ſeyn, etwas zurückzugeben oder zu erſetzen, wenn der Reſtituirte auch mit dem ihm durch die Reſtitution geſtatteten Rechtsmittel obgeſiegt hat, und wenn Letzterer im iudicium rescissorium verliert, ſo bekommt er, ungeachtet der Reſtitution im iudicium rescindens, gar nichts wieder. Dagegen muß der Reſtituirte ſchon in Folge des iudicium rescindens Alles hergeben, was er empfangen hat, ſobald er nicht auf die Geltendmachung der Reſtitution, alſo auf das iudicium rescissorium verzichtet, was ihm doch aber nur freiſtehen kann, wenn er ſich nicht ſchon des iudicium rescissorium bedient und den Proceß verloren hat. Dies mag befremdend erſcheinen, auch kann ich keine urkundlichen Beweiſe dafür angeben. Es fließt aber aus dem Weſen des hier Statt findenden Verhältniſſes, wie am beſten durch ein Beiſpiel dargethan wird. Geſetzt, ein Minderjäh-

34) l. 7. §. 9. D. de minor. (4, 4).

riger klagt gegen Jemanden wegen einer von deſſen Erblaſſer contrahirten Schuld, und der Beklagte verſteht ſich, unbekannt mit wohlbegründeten Einreden gegen dieſe Forderung, etwa der ſchon geſchehenen Zahlung, zu einem Vergleich, indem er dem Kläger eine Sache zur Abfindung giebt. Dieſen gereut indeſſen der Vergleich, weil er bona fide ſeinen Anſpruch für rechtmäßig hält, und ſucht und erlangt Reſtitution dahin, daß ihm unter Aufhebung des Vergleichs geſtattet wird, nochmals ſeine Klage anzuſtellen. Sonder Zweifel muß er nun auf jeden Fall die als Abfindung erhaltene Sache reſtituiren, gleich viel ob er mit der neuen Klage ſiegt oder verliert. Denn ſiegt er, ſo muß ihm ja ſeine Forderung bezahlt werden, und ihm kann alſo nicht zugleich das Vergleichsquantum zukommen. Verliert er aber, dann erhellt ja, daß er nichts zu fordern habe, weshalb es wieder eben ſo unbillig ſeyn würde, ihm die empfangene Abfindung zu laſſen. Ja, es würde im letzteren Fall ſogar nicht durch eine neue Reſtitution der Vergleich wieder hergeſtellt werden dürfen, indem dies eine Reſtitution zum Zweck der Bereicherung mit dem baaren Schaden eines Anderen wäre, die, als der Idee der in integrum restitutio widerſprechend, unſtatthaft iſt [35]). Doch laſſen ſich auch Fälle denken, in welchen anders zu entſcheiden wäre, wie wenn dem

35) M. ſ. oben §. 10. Nr. IV.

Verkäufer einer Sache nur unter der Bedingung Reſtitution bewilligt würde, daß er durch Anſtellung der Vindication ſein Eigenthum an der verkauften Sache nachwieſe. Mißlänge hier der Eigenthumsbeweis, und behielte mithin der Käufer die Sache, ſo wäre doch auch keine Veranlaſſung vorhanden, den Verkäufer zur Herausgabe des Kaufpreiſes zu nöthigen. Denn obgleich derſelbe eine fremde Sache verkauft hätte, ſo erſcheint es doch billiger, ihm den Kaufpreis zu laſſen, als dem Käufer beides, Sache und Preis, zuzuſprechen, beſonders da dem Käufer, wenn etwa der wahre Eigenthümer auftreten und die Sache evinciren ſollte, alsdann noch immer ſein Anſpruch auf Eviction gegen den Verkäufer verbliebe. Ich glaube, die hier angedeuteten Fälle durch das Princip bezeichnen zu können, daß, ſo oft dem Gegner des Reſtituirten ein reiner Gewinn zufließen würde, wenn Letzterer ſelbſt beim Unterliegen im iudicium rescissorium das, was er empfangen hatte, herausgeben müßte, der Reſtituirte auch nur im Fall des Obſiegens im iudicium rescissorium, alſo nur wenn er ſelbſt wirklich Nutzen von der Reſtitution habe, zur Zurückgabe des ſeinerſeits Empfangenen verpflichtet ſey, während dieſe Verpflichtung ſonſt unbedingt eintritt.

§. 30.

2. Wirkungen der Reſtitution für Dritte.

In Uebereinſtimmung mit der für Urtheile geltenden Regel, daß ein Erkenntniß nur für die Partheien und deren Succeſſoren formelles Recht bilde, auf die Rechte und Verbindlichkeiten dritter Perſonen aber keinen Einfluß äußere [1]), finden wir auch für die Reſtitution den Grundſatz anerkannt, daß deren Ertheilung Anderen, außer den Partheien und deren Succeſſoren, weder ſchadet noch nützt [2]). Anwendungen dieſes Satzes kommen in nicht geringer Zahl vor.

1. Wird Jemand gegen Antretung einer Erbſchaft reſtituirt, ſo brauchen ſeine Miterben ſich nicht das ius accrescendi gefallen zu laſſen [3]); es verlieren die Pupillarſubſtituten nicht ihr Erbrecht aus dem Pupillarteſtament, weil etwa das väterliche Teſtament durch die Reſtitution deſtitut geworden iſt [4]); die ein Mal in Kraft getretenen manumissiones bleiben beſtehen [5]); Alle, welche gültig etwas vom Erben aus der Erbſchaft bekommen haben, brauchen dies nicht zurückzugeben, welches auch in Rückſicht der erfüllten Vermächtniſſe und fidei-

1) l. 63. D. de re iud. (42, 1).

2) Die Beweiſe dafür liegen in Note 3-18.

3) l. 61. l. 55. D. de adq. hered. (29, 2).

4) l. 2. §. 3. D. de vulg. et pup. subst. (28, 6). Die Stelle beweiſt hier argumento a contrario.

5) l. 3. C. de testam. manum. (7, 2).

commissariae libertates gilt [6]), und die Erbſchafts-gläubiger, welche bei dem Reſtitutionsgeſuch unberückſichtigt geblieben ſind, verlieren ſogar nicht ihre Anſprüche gegen den Reſtituirten ſelbſt [7]).

2. Entſprechend werden bei der Reſtitution gegen die Ausſchlagung einer Erbſchaft die inzwiſchen mit der Erbſchaft auf gehörige Weiſe vorgenommenen Aenderungen nicht zum Nachtheil Dritter wieder aufgehoben, z. B. nicht die Veräußerungen durch den curator hereditatis [8]).

3. Wenn einer von mehreren Mitbürgen Reſtitution erhält, ſo wird den andern keineswegs dadurch die Verbindlichkeit auferlegt, nun auch den Theil des liberirten Bürgen mit zu bezahlen, ſo ferne ſie nicht ohnehin in solidum hafteten [9]).

4. Die von dem Procurator eines Minderjährigen geleiſtete cautio de rato iſt nicht verwirkt, wenn der Minderjährige, nachdem er die Proceßführung genehmigt hat, hinterher gegen das Urtheil Reſtitution erlangt [10]).

5. Wer durch die gegen ihn ertheilte Reſtitution außer Stand geſetzt wird, ſeine Verbindlichkeiten gegen

6) l. 22. pr. D. de minor. (4, 4), l. 30. §. 11. D. de fideic. lib. (40, 5).

7) l. 29. §. 2. D. de minor. (4, 4).

8) l. 22. in fin. D. eod. §. 5. I. de eo cui lib. causa bon. add. (3, 11).

9) l. 48. §. 1. D. de fideiussor. (46, 1).

10) l. 3. pr. D. rem rat. hab. (46, 8).

Andere in natura zu erfüllen, z. B. weil er die Sache, die er ihnen verſprochen hatte, zurückgeben muß, iſt verbunden, jene zu entſchädigen, damit ſie nicht auch durch die Reſtitution leiden, ohne an der Verhandlung über dieſe Theil zu nehmen [11]).

6. Der Reſtituirte, welcher die Sache, die er in Folge der Reſtitution zurückzuliefern hätte, bereits veräußert hat, iſt nicht befugt, dieſelbe dem jetzigen Inhaber wieder abzufordern, ſondern muß ſich durch Leiſtung eines Aequivalents mit ſeinem Gegner bei der Reſtitution abfinden [12]).

Ueberhaupt verlieren Dritte nichts von den Rechten, die ſie an oder aus dem Gegenſtande der Reſtitution erworben haben, und in ſo ferne ſie nur erſt Anſprüche auf einen Erwerb hatten, muß ihnen Vergütung dafür von ihrem Schuldner werden. Ein bloßer Folgeſatz davon iſt es, daß, wie oben näher entwickelt worden, die Reſtitution nur dem Gegner die Verpflichtung auferlegt, was er durch das nunmehr aufgehobene Geſchäft oder ſonſtige Ereigniß erlangt hat, herauszugeben oder zu erſetzen, keineswegs aber an und für ſich dem Reſtituirten ein Recht giebt, auch Dritte in Anſpruch zu nehmen, und ihnen abzufordern, was ſie etwa vom Gegenſtande der Reſtitution beſitzen [13]), wovon

11) l. 78. §. 1. D. de legat. II. (31).

12) l. 62. D. de iure dot. (23, 3).

13) M. ſ. oben §. 22. Note 64.

auch die restitutio in rem keine Ausnahme macht, indem dabei der, freilich an der Verletzung unſchuldige Beklagte doch ſelbſt Parthei iſt.

Dies ſind Anwendungen des Princips, daß die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand Anderen nicht ſchade. Eben ſo wenig ſoll ſie ihnen aber zu Gute kommen [14]), weshalb die Reſtitution des Bürgen den Hauptſchuldner nicht befreit [15]), die Reſtitution eines correus debendi nicht zugleich die übrigen correi [16]), die Reſtitution eines mehrerer Streitgenoſſen gegen das gefallene Urtheil, dieſes nicht auch für die anderen umſtößt [17]), und ein von mehreren Mitberechtigten vorgenommenes Geſchäft, wenn einer derſelben dawider reſtituirt wird, für die anderen deſſen ungeachtet beſtehen bleibt [18]).

Unſere angegebene Regel leidet indeſſen mancherlei Ausnahmen, von welchen wenigſtens diejenigen aufzuführen ſind, die auf ſpeciellen Vorſchriften beruhen:

I. Eine der wichtigſten dieſer Ausnahmen betrifft diejenigen, welche acceſſoriſch für eine Schuld haften, die für den Hauptſchuldner durch Wiedereinſetzung deſ-

14) l. 3. §. 4. D. de minor. (4, 4).

15) l. 48. pr. D. eod. l. 14. §. 6 u. 8. D. quod met. causa (4, 2), Paul. S. R. I. 9. §. 5.

16) l. 19. D. de duob. reis (45, 2), l. 20. pr. D. de tutelae et rat. distr. (20, 3).

17) l. 2. C. si un. ex plur. hered. (7, 68).

18) l. 47. §. 1. D. de min. (4, 4), l. un. C. si in comm. eademq. causa (2, 26).

ſelben in den vorigen Stand aufgehoben worden iſt. Da mit der Hauptſchuld auch die acceſſoriſchen Verbindlichkeiten zu erlöſchen pflegen [19]), weil ſie gewöhnlich ohne jene keinen Sinn haben, ſo iſt nach allgemeinen Gründen zum Wenigſten die Vermuthung dafür, daß diejenigen, welche nur nebenher für eine Schuld haften, auch frei werden, nachdem der Hauptſchuldner dawider Reſtitution erhalten hat. Für den Fall einer durch Zwang oder Betrug begründeten Schuld leidet dies auch um ſo weniger einigen Zweifel, da hier ſogar ohne vorgängige Reſtitution den Bürgen u. ſ. w. die dem Hauptſchuldner zuſtehende exceptio doli und metus auch zuſteht [20]). Es kann folglich nur die Frage ſeyn, ob daſſelbe auch gelte, wenn ein Schuldner wegen Minderjährigkeit reſtituirt wird, oder wegen Irrthums, z. B. bei einer mit einem falsus tutor contrahirten Obligation. Was nun

1. zunächſt die Bürgen betrifft, ſo erkennt Ulpian ausdrücklich an, daß die einem Minderjährigen ertheilte Reſtitution auch ſeinen Bürgen gegen den Creditor

19) l. 89. D. de adq. her. (29, 2), l. 19. D. de except. (44, 1), l. 32. l. 49. pr. l. 70. §. 4. D. de fideiussor. (46, 1), l. 43. D. de solut. (46, 3), l. 129. §. 1. D. de R. I. (50, 17), l. 2. §. 1. D. de adm. tut. (26, 7).

20) l. 7. pr. §. 1. D. de exc. (44, 1), l. 2. §. 2. D. de doli exc. (44, 4), l. 14. §. 6 und 8. D. quod met. causa (4, 2), l. 2. C. de fideiussor. min. (2, 24).

ſchützen könne [21]), wobei wir wohl kein Bedenken zu tragen brauchen, dies gleichfalls auf die restitutio propter errorem anzuwenden. Indeſſen ſind hier einige ſehr erhebliche Beſchränkungen nicht außer Acht zu laſſen.

A. Der Bürge kann ein ſogenannnter fideiussor in omnem eventum s. causam ſeyn, welcher gerade auch auf den Fall ſich verbürgt und dem Creditor Befriedigung verſprochen hat, wenn der Hauptſchuldner etwa durch Reſtitution von ſeiner Schuld entbunden werden ſollte. Einem ſolchen kann natürlich die Reſtitution des Schuldners nicht zu Statten kommen, ſelbſt nicht, wenn die Schuld auf Zwang oder Betrug beruhte, weil die Reſtitution ja eben mit zu den Bedingungen des Fälligwerdens ſeiner Bürgſchaftsſchuld gemacht iſt. Doch verliert er ſeinen Regreß gegen den reſtituirten Schuldner nicht, wenn er nicht über deſſen Reſtitutionsgeſuch gehört worden iſt, daher dieſer, um ganz geſichert zu ſeyn, ſein Geſuch nicht bloß gegen den Creditor, ſon-

21) l. 3. §. 4. D. de min. (4, 4), l. 51. pr. D. de procur. (3, 3). „Minor viginti quinque annis si defensor existat, ex quibus causis in integrum restitui potest, defensor idoneus non est, *quia et ipsi et fideiussoribus eius per in integrum restitutionem succurritur.*" Den Worten nach könnte dies zwar auch heißen, die Bürgen dürften auch ſelbſt Reſtitution erbitten, allein dies kann doch nicht der Sinn ſeyn, da §. 22. Nr. II. gezeigt worden iſt, daß Bürgen nur aus den Gründen, die gerade ihre Bürgſchaft betreffen, nicht auch aus Gründen, welche ſich bloß auf die Hauptſchuld beziehen, zur Reſtitutionserbittung berechtigt ſind.

dern zugleich gegen den fideiussor in omnem eventum richten muß [22].

B. Eine zweite Beſchränkung, die aber mit der vorigen in Verbindung ſteht, bezieht ſich nur auf Minderjährige. So wie nämlich derjenige, welcher ſich wiſſentlich für die ohne Concurrenz des Vormundes von einem Wahnſinnigen, einem erklärten Verſchwender, oder einem Unmündigen contrahirten Verbindlichkeiten verbürgt hat, haften muß, wenn die Schuld nicht erfüllt wird [23], indem hier angenommen wird, daß er dem Creditor die Erfüllung des an ſich ungültigen Verſprechens habe ſichern wollen, ſo gilt auch die wiſſentliche Verbürgung für einen Minderjährigen, als eine nicht bloß auf den Fall der Inſolvenz, ſondern auch auf den der Reſtitution berechnete Interceſſion. Hat alſo der Bürge nicht über das Alter des Schuldners ſich geirrt, welches aber nicht präſumirt werden darf [24], und hat er auch nicht ausdrücklich erklärt, bloß bei eintretender Inſolvenz haften zu wollen, ſo wird er als fideiussor in omnem eventum angeſehen, dem die Reſtitution des Schuld-

22) l. 13. pr. D. de minor. (4, 4), l. 9. §. 3. D. ad SCt. Maced. (14, 6), l. 9. C. de praed. et aliis reb. min. (5, 71); vergl. mit l. 1. C. de fideiuss. min. (2, 27). M. ſ. Weber Natürl. Verb. §. 113.

23) l. 25. D. de fideiussor. (46, 1), l. 127. D. de V. O. (45, 1) vergl. mit l. 6. D. eod.

24) l. 19. pr. D. de R. I. (50, 17).

ners nichts hilft, vielmehr gerade die Verpflichtung zu zahlen auferlegt, wiewohl unbeſchadet des Regreſſes gegen den Minderjährigen, ſo ferne dieſer nicht die Vorſicht gehabt hat, ſein Reſtitutionsgeſuch auch auf den Bürgen zu erſtrecken, und wirklich zugleich gegen Letzteren in den vorigen Stand geſetzt worden iſt. Dieſe Grundſätze ergeben ſich aus folgenden Stellen:

„Paulus S. R. I. 9. §. 6. Qui sciens prudensque se pro minore obligavit, si id consulto consilio fecit, licet minori succurratur, ipsi tamen non succurretur."

„Ulpianus *libro XI ad Edictum.* In causae cognitione versabitur, utrum soli ei (sc. minori) succurrendum sit, an etiam his, qui pro eo obligati sunt, utputa fideiussoribus. *Itaque quum scirem minorem, et ei fidem non haberem, tu fideiusseris pro eo,* non est aequum, fideiussori in necem meam subveniri, sed potius ipsi deneganda erit mandati actio. In summa perpendendum erit Praetori, cui potius subveniat, utrum creditori an fideiussori; nam minor captus neutri tenebitur. *Facilius in mandatore dicendum erit, non debere ei subveniri; hic enim velut affirmator fuit et suasor, ut cum minore contraheretur.* Unde tractari potest, minor in integrum restitutionem utrum adversus creditorem, an et adversus fideiussorem implo-

rare debeat? Et puto tutius adversus utrumque [25])."

„Papinianus *libro XXVIII Quaestionum.* Quod vulgo iactatur fideiussorem, qui debitori heres extiterit, ex causa fideiussionis liberari, toties verum est, quoties plenior rei promittendi obligatio invenitur. Nam si reus duntaxat fuit obligatus, fideiussor liberabitur; e contrario non potest dici, non tolli fideiussoris obligationem, si debitor propriam et personalem habuit defensionem; nam si minori viginti quinque annis bona fide pecuniam (*quis*) credidit, isque nummos acceptos perdidit, et intra tempora in integrum restitutionis decessit, herede fideiussore, difficile est dicere, causam iuris honorarii quae potuit auxilio minori esse, retinere fideiussoris obligationem quae principalis fuit, *et cui fideiussoris accessit sine contemplatione iuris praetorii.* Auxilium igitur restitutionis fideiussori, qui adolescenti heres exstitit, intra constitutum tempus salvum erit [26])."

Die Frage, die in der letzteren Stelle beantwortet werden ſoll, iſt, ob der Bürge eines Minderjährigen, welcher ſich sine contemplatione iuris honorarii verbürgt hat, d. h. ohne Rückſicht auf die Reſtitution,

25) l. 13. pr. D. de minor. (4, 4).

26) l. 95. §. 3. D. de solut. (46, 3).

alſo auch für den Fall, daß dieſe dem Schuldner zu Theil würde, als Erbe des Schuldners Reſtitution wider die nun auch auf ihn übergegangene Principalobligation ſuchen dürfe, während ſeine Bürgſchaftsobligation doch eigentlich ſtärker iſt als die Hauptſchuld, indem er nicht frei geworden wäre, wenn der Minderjährige noch ſelbſt Reſtitution impetrirt hätte? Dies wird nun zwar bejaht; wir ſehen aber doch aus dieſer Stelle, daß auch Papinian davon ausging: die Reſtitution des Schuldners, wo dieſer ſie ſelbſt erbitte, liberire den Bürgen, welcher sine contemplatione iuris honorarii intercedirt habe, nicht, weil ſonſt die ganze Frage nicht hätte aufgeworfen werden können. Aus dieſen Stellen erhellt aber noch nicht, daß der Bürge, welcher ungeachtet der Reſtitution hat zahlen müſſen, auch ſeinen Regreß gegen den Minderjährigen behalte. Dies beweiſt indeſſen ein Reſcript von Septimius Severus und Caracalla:

„Postquam in integrum aetatis beneficio restitutus es, periculum evictionis emptori, cui praedium ex bonis paternis vendidisti, praestare non cogeris. Sed ea res fideiussores qui pro te intervenerunt, excusare non potest. Quare mandati iudicio, si pecuniam solverint, aut condemnati fuerint, convenieris, modo si eo quoque nomine restitutionis auxilio iuvaberis [27]."

27) l. 1. C. de fideiussor. min. (2, 24).

Hier iſt freilich nicht hervorgehoben, unter welchen Umſtänden der Bürge eines Minderjährigen durch deſſen Reſtitution nicht befreit werden ſoll; indeſſen verſteht, ſich von ſelbſt, daß ein Reſcript ſo weit es unbeſtimmt ſpricht, in Gemäßheit der anderen Stellen, welche die Sache genauer angeben, ausgelegt werden muß. Dagegen iſt hier unzweideutig ausgeſprochen, daß der Bürge ſeinen Regreß gegen den reſtituirten Minderjährigen behalte, wenn Letzterer nicht auch ſpeciell dawider Reſtitution erlangt habe. Dadurch wird allerdings, wo der Minderjährige dieſe Cautel verſäumt hat, die Reſtitution illuſoriſch für ihn, allein es folgt dies conſequent aus der Regel, daß die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand einem Dritten, der nicht Parthei geweſen, nicht ſchaden dürfe. Ulpian, welcher erklärt, der Minderjährige ſey dem Bürgen keinen Erſatz ſchuldig [28]), muß beides, dieſe Conſequenz und das Severiſche Reſcript, überſehen haben, oder er hat hier das Recht zu Gunſten der Minderjährigen vertuſchen wollen, was beinahe wahrſcheinlicher iſt, da er ihnen doch zugleich räth, Vorſichts halber lieber auch gegen den Bürgen Reſtitution zu ſuchen. Doch wird hier, glaube ich, noch eine Unterſcheidung zuläſſig ſeyn. Sever ſpricht von dem Fall, wo der Minderjährige den Bürgen zur Interceſſion beauftragt hat, wo alſo zwei Geſchäfte des Minderjäh-

28) l. 13. pr. D. de minor. (4, 4).

rigen vorliegen, der Contract mit dem Creditor und das Mandat an den Bürgen, wobei es denn auch um ſo natürlicher erſcheint, wenn die Aufhebung des erſten Vertrages nicht ipso iure auch den zweiten mit ſeinen Folgen vernichtet, vielmehr dem Bürgen geſtattet wird, ſich gegen den Minderjährigen darauf zu berufen, daß er den Auftrag deſſelben vollzogen habe, und daß es ihn nichts angehe, ob die den Auftrag veranlaſſende Schuld aufgehoben worden ſey oder nicht. Es kann die Intercesſion aber auch ohne Auftrag des Minderjährigen geſchehen ſeyn, wie es namentlich beim mandatum qualificatum, welches Ulpian hauptſächlich vor Augen hat, gewöhnlich der Fall ſeyn wird. Hier wäre dann die Regreßklage nicht die actio mandati, ſondern die actio negotiorum gestorum, und dabei würde nun der Minderjährige mit Fug excipiren können, daß die Bezahlung einer für ihn nicht mehr exiſtirenden Schuld ſich unmöglich als eine Beſorgung ſeiner Geſchäfte betrachten laſſe, alſo auch nicht die actio negotiorum gestorum begründe. Wenn daher Ulpian etwa bloß an die Intercesſion ohne Auftrag gedacht haben ſollte, ſo würde ſeine erwähnte Aeußerung vollkommen richtig ſeyn; nur läßt ſich dieſe ſpecielle Beziehung ſeiner Worte nicht beweiſen.

Die vorhin entwickelte Präſumtion bei der Intercesſion für einen Minderjährigen fällt jedoch weg, ſobald der Creditor ſich in dolo befindet, ſeine Forde-

rung durch Zwang oder Betrug erworben hat. Die Bürgſchaft gilt dann nur als für den Fall der Inſolvenz übernommen und erliſcht daher gänzlich mit der Aufhebung der Principalobligation [29]), was aber gar nicht einmal eine ſingulaire Ausnahme genannt werden kann, weil der Bürge ſich in dieſem Fall ja auch ohne die Reſtitution durch die exceptio doli ſchützen könnte.

Das Reſultat dieſer Ausführung wäre demnach: daß die Reſtitution des Hauptſchuldners im Allgemeinen den Bürgen auch befreit, ausgenommen wenn der Bürge ſich auch für den Fall der Reſtitution obligirt hat, was bei Bürgen eines Minderjährigen angenommen wird, wenn ſie ohne nähere Erklärung, aber bekannt mit der Qualität des Hauptſchuldners intercedirt haben, auch der Creditor nicht argliſtig zu Werke gegangen iſt. Nichts iſt alſo verſtändlicher, als wie Ulpian in einer Stelle ſagen kann, die Reſtitution des Hauptſchuldners nütze zuweilen auch dem Bürgen [30]), in einer anderen, daß die Reſtitution eines

29) l. 2. C. de fideiussor. min. (2, 24). „Si ea quae tibi vendidit possessiones interposito decreto praesidis, aetatis tantummodo auxilio iuvatur, non est dubium fideiussorem ex persona sua obnoxium esse contractui. Verum si dolo malo apparuerit contractum interpositum esse, manifesti iuris est, utrique personae, tam venditricis, quam fideiussoris, consulendum esse." M. ſ. auch Cons. vet. ICti I. lex 1, u. II. lex 2.

30) l. 3. §. 4. D. de minor. (4, 4) .... „Sed an hoc

Minderjährigen auch auf ſeinen Bürgen erſtreckt werde[21]), und in einer dritten, daß der Prätor bei der Reſtitution Minderjähriger gegen eine Schuld nach den Umſtänden zu ermeſſen habe, in wie ferne zugleich die Bürgen zu liberiren wären oder nicht[32]). Es ſind dies bloß ungenaue Aeußerungen, bei welchen nur nicht angegeben iſt, unter welchen Umſtänden jede von ihnen wahr ſeyn kann. An einen Widerſpruch derſelben unter ſich oder mit anderen Stellen iſt überall nicht zu denken; vielmehr finden wir in Betreff der erörterten Frage einige einfache Grundgedanken im Römiſchen Recht conſequent durchgeführt, wozu der Schlüſſel in der im Zweifel eintretenden Rechtsvermuthung liegt, daß der Bürge eines Minderjährigen den Creditor auch gegen den Nachtheil der Reſtitution habe ſicherſtellen wollen[33]). Daß die Meinung des Meril-

auxilium patri quoque prosit, *ut solet interdum fideiussori eius prodesse*, videamus" rel.

31) l. 51. pr. D. de procur. (3, 3). Damit ſtimmt auch Paulus überein in l. 7. §. 1. in fin. D. except. (44, 1); denn daß dieſe Stelle nicht mit Glück Comm. B. 5. S. 562 ſo verſtanden werden dürfe: die dem Minderjährigen ertheilte Reſtitution komme dem Bürgen gar nicht zu Statten, iſt ſchon §. 13. ausgeführt worden, wozu hier noch hinzugefügt werden kann, daß Paulus ſelbſt es ja auf das Beſtimmteſte hervorhebt, wie nur der Bürge, der sciens prudensque pro minore fideiussit, von der Theilnahme an der Reſtitution ausgeſchloſſen ſey, Pauli S. R. I, 9. §. 6.

32) l. 13. pr. D. de minor. (4, 4).

33) L. I. F. Hoepfner Diss. de effectu rest. in integr. quoad fideiuss. Giessae 1771; I. L. Schmidt Diss.

lius [34]), welcher den Bürgen des Minderjährigen immer an der Wohlthat der Reſtitution Theil nehmen läßt, falſch ſey, bedarf gar keines weiteren Beweiſes. Aber eben ſo Unrecht haben die [35]), welche den Bürgen ganz von dieſer Theilnahme ausſchließen zu müſſen glauben, und ſelbſt diejenigen [36]) gehen zu weit, die in jeder Verbürgung für einen Minderjährigen auch eine Verbürgung auf den Fall der Reſtitution ſehen, wenn nicht ausdrücklich erklärt worden, daß man nur bei eintretender Inſolvenz haften wolle. Anton Faber [37]), der in das entgegengeſetzte Extrem verfällt und nur dann dem Bürgen eines Minderjährigen die Verbindlichkeit auferlegt, auch nach der dem Schuldner ertheilten Reſtitution zu haften, wenn derſelbe ſich nicht „simpliciter" verbürgt, ſondern ausdrücklich, sine contemplatione iuris praetorii intercediren zu wollen, erklärt hat, iſt zwar ebenfalls auf unrechtem Wege; allein die klaren Worte von Paulus [38]), daß nur derjenige Bürge eines Minderjährigen, welcher sciens prudensque et consulto consilio pro minore se obli-

de rest. in integr. num sit benef. reale an personale. Ienae 1777. 4. §. 24 und 25; Weber Natürl. Verb. §. 113; Glück Opusc. iurid. fasc. II. p. 286 seq.; Deſſ. Comm. B. 5. §. 459.

34) Observ. lib. IV. c. 10.

35) Ios. Averranii Interpret. iur. lib. II. c. 7-9; Cocceii Ius civ. contr. IV, 4 qu. 9; Dompierre l. c. tit. 4. §. 82 u. 83.

36) Donelli Comm. iur. civ. XXI. c. 14; Vinnii Sel. qu. I. c. 11.

37) Coniect. iur. civ. VIII. c. 3. und Cod. defin. forens. lib. I. tit. 13. def. 1.

38) S. R. I, 9. §. 6.

gavit, an der Reſtitution des Schuldners nicht participire, laſſen doch keinen Zweifel darüber zu, daß, wo der Bürge mit der Eigenſchaft ſeines Schuldners erweislich unbekannt war, die erwähnte Präſumtion auch ohne ausdrücklichen Proteſt von Seiten des Bürgen keine Anwendung leide [39].

2. Von den Bürgen können wir einen analogen Schluß auf diejenigen machen, welche geſetzlich für die Schuld eines Anderen haften, wie namentlich, wenn die actiones de peculio, de in rem verso, quod iussu, exercitoria und institoria begründet ſind. Zufolge dem im Römiſchen Recht aufgeſtellten Princip:

„Ex persona rei et quidem invito reo, exceptio et caetera rei commoda fideiussori *caeterisque accessionibus* (Vulg. accessoribus) competere possunt [40],“

müſſen im Allgemeinen, wo der Bürge an den Vortheilen der dem Schuldner bewilligten Reſtitution Theil nimmt, auch die anderen acceſſoriſch Verpflichteten auf gleiche Weiſe liberirt werden. Dies beſtätigt auch

39) Dies iſt auch die Anſicht der in Note 33 angeführten Auctoren.

40) l. 32. D. de fideiussor. (46, 1). Daß die Anwendung, welche hier von dieſer Stelle gemacht wird, nicht dem widerſpricht, was oben §. 22. Note 53 darüber geſagt worden iſt, bedarf wohl keiner Erläuterung. Denn dort iſt nur geläugnet worden, daß man nach dieſer Stelle den Bürgen und anderen acceſſoriſch Verpflichteten das Recht einräumen müſſe, ſelbſt um Reſtitution wider die Schuld anſuchen zu dürfen.

die Bemerkung von Gajus: dem Vater ſey darum das Recht gegeben, Namens ſeines minderjährigen Sohnes Reſtitution zu erbitten, ſelbſt wider deſſen Willen, weil er durch die Schulden deſſelben gefährdet ſey, indem die actio de peculio gegen ihn angeſtellt werden könne [41]). Denn dieſer Grund wäre ſinnlos, ſo ferne die Reſtitution des Sohnes nicht auch die actio de peculio aus der aufgehobenen Schuld ausſchlöſſe. Hier iſt überdies undenkbar, was bei der Bürgſchaft vorkommen kann, daß dieſe gerade auch darauf gerichtet wird, den Creditor gegen die Gefahr der Reſtitution ſicherzuſtellen. Dagegen findet hier eine andere Beſchränkung Statt. Der acceſſoriſch Verpflichtete kann ja unter Umſtänden in der That der eigentliche Schuldner ſeyn, wie z. B. wenn ein filiusfamilias ſeinen Vater durch eine versio in rem, oder durch einen auf deſſen Befehl geſchloſſenen Vertrag obligirt, oder ein institor oder ein magister navis für die Zwecke ſeiner Geſchäftsführung contrahirt hat. Daß der filiusfamilias, der institor, der magister navis in dieſen Fällen auch belangt werden können, gründet ſich ja nur darauf, daß ſie die unmittelbaren Contrahenten ſind, während die Vortheile aus dem Geſchäfte dem Vater oder Principal zufließen. Wenn freilich die Schuld wegen Zwangs, Betrugs oder Irrthums aufgehoben würde, könnte dem Vater oder Principal das

41) l. 27. pr. D. de minor. (4, 4).

Recht allerdings nicht verſagt werden, die Aufhebung auch für ſich geltend zu machen, weil ihm, auch abgeſehen von der Reſtitution, ipso iure Einreden zuſtänden. Allein anders würde es ſeyn, ſo ferne dem filiusfamilias etc. bloß wegen Minderjährigkeit Befreiung von der ihn nur als unmittelbaren Contrahenten treffenden Schuld durch Reſtitution bewilligt worden wäre. Hier die Liberirung auf den Vater oder Principal auszudehnen, das würde an ſich ein Unrecht gegen den Creditor ſeyn, und ſtände in directem Widerſpruch damit, daß die Reſtitution Minderjähriger nur zu ihrem Beſten gereichen ſoll, nicht auch zum Beſten volljähriger Perſonen, die nicht ihre Succeſſoren ſind [42]). Ich halte es daher für vollkommen richtig, wenn Retes [43]) in dieſem Fall wieder die Regel zur Anwendung bringt, daß die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand Dritter weder ſchade noch nütze.

Leichter können wir mit den anderen Ausnahmen von dieſer Regel fertig werden. Dahin gehört:

II. Bei der Herſtellung eines aufgehobenen Rechts durch Reſtitution gegen den Verzicht, die Novation,

42) l. 3. §. 4. D. de minor. (4, 4). Die Stelle ſpricht zwar nur von der Frage, ob ein Vater gegen die von ſeinem minderjährigen Sohn geſchloſſenen Verträge nicht bloß Namens des Sohnes, ſondern auch in eigenem Namen und zu eigenem Vortheil Reſtitution erbitten dürfe? Allein der Grund, aus welchem dies verneint wird, paßt doch auch hier.

43) Opusc. lib. I. c. 8. in Meerm. Thes. T. VI. p. 43.

das pactum de non petendo, die Verjährung u. ſ. w., daß die acceſſoriſchen Rechte gegen Bürgen, Correalſchuldner und Pfandbeſitzer mit aufleben, welche Letzteren daher ſich dieſe Folge der Reſtitution gefallen laſſen müſſen, ohne darüber gehört zu ſeyn [44].

III. Eben ſo muß bei der Umſtoßung einer privativen Interceſſion der liberirte Schuldner wieder die Schuld übernehmen, wenn auch die Verhandlung über die Reſtitution nur zwiſchen dem Intercedenten und dem Creditor Statt gefunden, und gleichviel ob dieſer oder jener die Reſtitution impetrirt hat [45].

IV. Iſt das durch Ausſchlagung der Erbſchaft deſtitut gewordene väterliche Teſtament durch Reſtitution der Erben gegen die Ausſchlagung hergeſtellt worden, ſo tritt auch das mit jenem erloſchene Pupillarteſtament [46]) zu Gunſten der Pupillarſubſtituten wieder in Kraft, ſo daß auch dieſe ihr Succeſſionsrecht wieder erlangen [47]).

V. Wiewohl die Reſtitution eines mehrerer Mitglieder einer Communion gegen ein von der Geſammt-

44) l. 27. §. 2. l. 50. D. de minor. (4, 4).

45) l. 27. §. 3. l. 50. D. eod. l. un. §. 1. C. de reput. quae fiunt (2, 48).

46) Bekanntlich fällt das Pupillarteſtament mit dem Hauptteſtament weg, l. 2. §. 1. l. 14. D. de vulg. et pup. subst. (28, 6), §. 5. I. de pub subst. (2, 16), ausgenommen wo letzteres bloß wegen Verſtoßes gegen die 115te Novelle ungültig iſt, Nov. 115. c. 3. in fine, c. 4. in fine.

47) l. 2. §. 3. D. de vulg. et pupill. subst. (28, 6).

heit vorgenommenes, oder doch von allen genehmigtes Geſchäft regelmäßig keinen Einfluß auf die anderen hat [48]), ſo kann es doch manche Fälle geben, in denen eine theilweiſe Reſtitution bloß eines der Intereſſenten der Natur der Sache nach unmöglich iſt, wie wenn mehrere Miteigenthümer eine Realſervitut an ihrer gemeinſchaftlichen Sache beſtellt haben, wo die Servitut nur ganz oder gar nicht reſcindirt werden kann [49]). In ſolchen Fällen ſoll dann auch die Reſtitution in Beziehung auf ſämmtliche Intereſſenten erfolgen [50]). Außerdem hat der Gegner ſtets und ohne Rückſicht auf Untheilbarkeit des Intereſſe das Recht, zu verlangen, daß das Geſchäft, wogegen Reſtitution geſucht wird, entweder in Rückſicht aller Mitglieder der Gemeinſchaft, oder für keines derſelben aufgehoben werde [51]).

VI. Bei der Reſtitution gegen einen Sclaven oder filiusfamilias muß der Herr oder Vater auch herausgeben, was er vermittelſt ſeines Sohnes oder Sclaven aus dem nun aufgehobenen Geſchäfte erworben hat [52]), und

48) M. ſ. oben Note 18.

49) l. 17. D. de serv. (8, 1), l. 10. pr. D. quemadm. serv. amitt. (8, 6).

50) l. 29. §. 1. D. de min. (4, 4), l. 1. C. si un. ex plur. hered. (7, 68). **Merendae contr. iur. lib. XXII. c. 32.**

51) l. 47. §. 1. D. de min. (4, 4). **Cuiacius** in libr. prim. resp. Scaevolae ad h. l., in Opp. T. VI. p. 697.

52) l. 24. §. 3 u. 4. D. eod.

VII. bei der restitutio in rem wird für den Auctor des Beklagten die Verbindlichkeit zur Evictionsleiſtung, gerade wie im Fall der Vindication einer Sache, begründet [53]).

Zu dieſen in den Quellen ſelbſt angegebenen Ausnahmen fügen Einige noch hinzu, was freilich von ſelbſt einleuchtet, daß, wenn Jemand Sachen oder Rechte, zu deren Wiedererlangung er erſt der Reſtitution bedarf, im Voraus veräußert [54]), dieſe Veräußerung convaleſcirt, ſobald er wirklich Reſtitution erhält, ſo daß der, an welchen die Veräußerung geſchehen iſt, nun ein Recht auf Vollziehung des Verſprechens erlangt. Da ſogar die Veräußerung von Sachen, die man nie gehabt hat, in der Regel gültig wird, wenn man dieſe Sachen hinterher erwirbt, ſo kann auch über dieſe Folge der Reſtitution kein Streit Statt finden. Zur Entſchädigung würde man ohnehin verbunden ſeyn, auch wenn die Reſtitution verſagt würde, es müßte denn die Veräußerung ausdrücklich nur bedingt auf den Fall der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand geſchehen ſeyn. Dergleichen mittelbare aus der Natur des Verhältniſſes fließende Wirkungen der Reſtitution für Dritte weitläufig aufzuzählen, iſt aber ohne alles

53) l. 15. D. eod. l. 39. pr. D. de eviction. (21, 2).

54) Begreiflicherweiſe muß die Veräußerung vor Einreichung des Reſtitutionsgeſuchs geſchehen, weil ſonſt der Gegenſtand der Reſtitution res litigiosa iſt, mithin nicht veräußert werden kann.

Intereſſe, eben weil ſie ſich immer von ſelbſt ergeben. Jeder wird ohne Fingerzeig einſehen, daß, wenn ein filiusfamilias gegen die von ihm ſelbſt geſchehene Ausſchlagung eines Erwerbs reſtituirt worden iſt, der Vater auch wieder den Nießbrauch an dieſem Erwerbe erhält, und Aehnliches ließe ſich mit leichter Mühe noch in großer Menge zuſammenſtellen; allein Vollſtändigkeit wäre doch hier niemals zu erreichen.

§. 31.

X. Nichtigkeit der bewilligten Reſtitution.

Die in den vorigen §§ entwickelten Wirkungen ſetzen begreiflicherweiſe eine gültige Reſtitution voraus. Nur in einer einzigen Beziehung aber wird in unſeren Quellen der Nichtigkeit einer ertheilten Reſtitution gedacht, nämlich wenn der Gegner gar nicht darüber gehört worden iſt [1]). Es bedarf indeſſen wohl für Nie-

1) l. 29. §. 2. D. de minor. (4, 4). Hier ſteht freilich nur, daß die gegen die Antretung einer Erbſchaft ertheilte Reſtitution den Creditoren nicht ſchade, wenn ſie nicht darüber gehört wären. Sind nun aber alle Creditoren nicht gehört worden, ſo wird ja dadurch die Reſtitution hinfällig, da der Reſtituirte kein Intereſſe haben kann, die Maſſe wegzugeben, wenn er doch alle Schulden bezahlen muß, und da er auch nicht genöthigt werden kann, von einer ihm nutzloſen Reſtitution Gebrauch zu machen, l. 30. l. 41. D. eod. Noch mehr verſteht ſich die Nichtigkeit von ſelbſt, wo gar der einzige Gegner bei der Reſtitution nicht gehört wäre.

manden eines Beweiſes, daß die Reſtitution nicht bloß in dieſem Fall nichtig ſeyn kann. Die bisherige Ausführung hat hoffentlich zur Genüge gezeigt, daß, wenn gleich die Reſtitution eine Gnadenſache iſt, das richterliche Ermeſſen doch durch eine Menge Vorſchriften und Regeln beſchränkt ſey, welche theils in materieller, theils in formeller Hinſicht weſentliche Erforderniſſe der Reſtitution aufſtellen, deren Mangel natürlich Folgen haben muß, weil ſonſt die Aufſtellung beſtimmter Grundſätze, wie wir ſie in den Quellen finden, als völlig bedeutungslos erſchiene, und die ganze, ſo fein ausgebildete Reſtitutionstheorie zu den nutzloſen Erzeugniſſen eines verſchwendeten Scharfſinns gehören würde. Wenn alſo das Römiſche Recht demnach ſo viel als gar nichts über die Ungültigkeit der Reſtitution enthält, ſo kann dies nur den Grund haben, daß es den Römern auch ohne nähere Angabe einleuchtend geſchienen hat, nach welchen Principien hier Gültigkeit und Ungültigkeit zu beurtheilen ſey, und dies kann auch nicht getadelt werden, da dieſe Principien wirklich auf der Oberfläche liegen.

Die Ertheilung der Reſtitution iſt ein richterliches Erkenntniß, und muß folglich auch, ſo weit nicht abweichende Normen dafür vorkommen, nach den für Urtheile geltenden Grundſätzen behandelt werden; eine Regel, die durch manche Anwendungen beſtätigt wird, z. B. dadurch, daß auch gegen die Bewilligung der

Reſtitution vom Gegner appellirt werden kann [2]), und daß die Reſtitution nur auf die Rechte und Verbindlichkeiten der Partheien und deren Succeſſoren Einfluß äußert, Dritten aber weder ſchadet noch nützt [3]). Demzufolge würde nach Römiſchem und Canoniſchem Recht die Reſtitution nicht bloß wegen weſentlicher Fehler in Betreff des Verfahrens, der Competenz des Gerichts, und der Legitimation der Partheien nichtig ſeyn, ſondern auch wenn dieſelbe contra ius in thesi clarum bewilligt wäre, z. B. in einem Fall, wo ſie ausdrücklich unterſagt iſt, wie gegen die Eltern des Verletzten. Denn die Römer nahmen nur bei der sententia iniqua s. iniusta einen heilbaren Mangel an, das will ſagen, einen Mangel, welcher der Rechtskraft der Entſcheidung nicht im Wege ſtand, ſoferne nicht rechtzeitig dawider appellirt ward, während eine sententia contra ius in thesi eben ſo unverbindlich war als ein Urtheil, dem weſentliche proceſſualiſche Erforderniſſe gebrachen [4]). Indem aber der Jüngſte Reichsabſchied zur Abſchneidung alles Streits über die im wirklichen Leben äußerſt ſchwer feſtzuhaltende Grenze zwiſchen einer bloßen sententia iniqua und einer sententia contra ius in thesi ſehr zweckmäßig beſtimmt

2) l. 38. pr. l. 39. pr. D. eod. l. 1. C. si adv. cred. (2, 38).

3) M. ſ. oben.

4) Ich beziehe mich hier auf die gründliche Ausführung in Klüpfels Abh. über einzelne Theile des bürgerl. Rechts. Stuttgard 1817. 8. Nr. 7.

hat, daß eine sententia nulla, welches dem Zuſammenhange nach nichts anders heißen kann als eine sententia contra ius in thesi, nicht mehr durch eine nur innerhalb 30 Jahre zu erhebende Nichtigkeitsbeſchwerde ſoll angefochten werden können, ſondern gleich der sententia iniqua rechtskräftig werden ſoll, ſobald nicht intra decendium dawider appellirt worden iſt, und daß nur diejenigen Erkenntniſſe noch unheilbar nichtig ſeyn ſollen, welche an einem weſentlichen Mangel in Rückſicht des Richters, der Partheien, oder des Verfahrens leiden [5]: ſo kann jetzt auch der Inhalt

5) J. R. A. von 1654 §. 121. „Indem auch nunmehr, zum Zehenden, von vielen Jahren hero, mit vieler Zeit Verlierung, unnöthiger Dingen vielfältig disputiret worden, ob Sententia nulla oder iniusta ſich verhalte, und zwar darum allein, daß a Sententia nulla in dreyßig Jahren die Klag proſequirt, a Sententia iniqua aber intra Decendium appellirt werden kann und ſoll: So ſoll, zu Verhüthung dergleichen ohnnöthigen Gezänks, in allen beiden Fällen, das iſt a Sententia tam nulla quam iniqua, das Fatale interponendae obſervirt, darüber auch bey unſerem Cammergericht ſtät und feſtiglich gehalten werden." §. 122. „Bey denjenigen Nullitäten aber, welche insanabilem defectum, aus der Perſon des Richters, oder der Parthey, oder aus den Substantialibus des Processus, nach ſich führen, verbleibt es bey der Diſpoſition der gemeinen Rechten." — Wie iſt es hiernach möglich, daß neuere Proceſſualiſten die Römiſche und Canoniſche Unterſcheidung von sententia iniqua und contra ius in thesi noch als praktiſch darſtellen? denn daß die C. G. O. v. 1555 Theil III. Tit. 34. §. 2. hundert Jahre früher noch von dieſer Unterſcheidung ausgeht, beweiſt natürlich nichts; und wie kann man von heilbaren Nichtigkeiten reden, welche von den Mängeln, die durch Verſäu-

einer gewährten Reſtitution bloß ordentliche Rechtsmittel begründen, niemals hingegen abſolute Ungültigkeit derſelben zur Folge haben. Was nun aber als ein weſentlicher Mangel in Anſehung des Richters, der Partheien und des Verfahrens zu betrachten ſey, dies bedarf wohl kaum hier einer beſonderen Angabe, weil in dieſer Beziehung die allgemeinen Grundſätze eingreifen müſſen, welche in den Lehrbüchern des Proceſſes vorgetragen werden. Es würde namentlich dahin gehören, wenn der Richter incompentent wäre, ohne daß eine Prorogation der Jurisdiction vorläge, oder wenn man ihn gehörig recuſirt hätte; ferner wenn der, welcher Reſtitution für einen Andern erbeten, weder dazu beauftragt, noch denſelben geſetzlich zu vertreten befugt geweſen, wenn der Beklagte gar nicht gehört, oder die Reſtitution ohne Verlangen von Amtswegen ertheilt wäre u. ſ. w.

mung der ordentlichen Rechtsmittel gehoben werden, verſchieden ſeyn, und zwiſchen dieſen und der unheilbaren Nichtigkeit in der Mitte liegen ſollen? Der J. R. A. kennt offenbar nur unheilbare Nichtigkeit und Fehler des Urtheils, gegen welche man ſich durch zeitige Appellation ſchützen muß, und zählt zu letzteren auch, wenn das Urtheil contra ius in thesi verſtößt.

§. 32.

XI. Von den Koſten des Reſtitutions-proceſſes.

Zum Beſchluß verdient hier endlich noch die Frage beantwortet zu werden, wer die Koſten der Verhandlung über die Reſtitution zu tragen hat? eine Frage, über welche die Quellen das vollkommenſte Stillſchweigen beobachten. Mit der allgemeinen Regel, daß dem Sieger im Proceß auch Erſatz ſeiner Koſten gebühre, können wir uns hier wohl nicht begnügen, ſelbſt wenn wir die Ausnahmen, welche man gewöhnlich von dieſer Regel zugiebt, in der weiteſten Ausdehnung zu Hülfe nehmen. Wenn freilich Jemand mit ſeinem Reſtitutionsgeſuch abgewieſen wird, dann iſt kein Grund vorhanden, die allgemeinen Grundſätze über Erſtattung, wie Compenſation der Proceßkoſten zu verlaſſen. Im entgegengeſetzten Fall aber, wenn die Reſtitution bewilligt worden iſt, erſcheint die Anwendung dieſer Grundſätze zum Wenigſten in vielen Fällen als höchſt ungerecht. Der Gegner kann ja völlig unſchuldig an der Läſion ſeyn, nicht bloß bei der restitutio in rem, ſondern auch bei der restitutio in personam. Jeder wird es gewiß unbillig finden, den Erbſchaftsgläubigern die Proceßkoſten aufzubürden, wenn der minderjährige Erbe gegen die unvorſichtige Antretung der ver-

ſchuldeten Erbſchaft Reſtitution erlangt, und ähnliche Fälle ſind, wenn ein minderjähriger Schuldner wegen Verſchleuderung des empfangenen Geldes, oder wenn Jemand auf den Grund ſeiner eigenen Abweſenheit reſtituirt wird. Auch darf man nicht vergeſſen, daß hier nicht von der Verfolgung eines wohlbegründeten Rechts, ſondern von Erbittung einer Gnade die Rede iſt, wobei es im Allgemeinen eben nicht hart erſcheint, den Begünſtigten die Koſten bezahlen zu laſſen, welche die Ertheilung dieſer Gnade verurſacht. Zu weit geht indeſſen Wernher [1]), der dem Reſtituirten die Verbindlichkeit auflegt, ſtets allein alle Koſten zu tragen, alſo auch dem Gegner immer ſeine Auslagen zu erſetzen. Sein Argument beweiſt auf jeden Fall zu viel. Er ſtützt ſich darauf, daß auch der Reſtituirte Alles, was er durch das nun umgeſtoßene Geſchäft erworben hat, zurückgeben oder erſetzen muß, damit nicht er bloß Vortheil und der Gegner Schaden von der Reſtitution habe, und damit überhaupt der ganze frühere Zuſtand factiſch möglichſt hergeſtellt werde. Indem aber Wernher daraus den Folgeſatz ableitet, daß der Gegner nicht vollſtändig in ſeine frühere Lage komme, ſoferne ihm nicht zugleich alle Koſten des Reſtitutionsproceſſes vergütet würden, überſieht er, daß man die Sache auch umkehren kann. Der Reſtituirte ſoll ebenfalls in ſeine frühere Lage verſetzt werden, welches

1) Observ. forens. Pars IV. obs. 113.

wiederum nicht der Fall iſt, wenn er die Koſten der Reſtitution tragen muß. Dieſe Koſten, welche freilich die Römer eigentlich gar nicht kannten, woraus ſich eben ihr Schweigen darüber erklärt, machen es jetzt unmöglich, die Reſtitution eintreten zu laſſen, ohne daß der eine oder der andere Nachtheil hätte. Gerade darum aber kann das Princip der möglichſten Herſtellung des früheren Zuſtandes hier nichts entſcheiden. Aus dieſem Princip folgt nur die Verbindlichkeit der Partheien zur gegenſeitigen Zurückgabe der gemachten Erwerbungen; für die Frage hingegen, wer einen unvermeidlichen Schaden hinnehmen müſſe, ergiebt ſich daraus keine Löſung, wenigſtens nicht die, welche Wernher darin zu finden glaubt; denn eher ließe ſich noch das directe Widerſpiel ſeiner Anſicht daraus herleiten. Obſchon es nämlich heißt, daß auch dem Gegner des Reſtituirten, ſo weit es geſchehen kann, zu dem Seinigen verholfen werden ſoll, ſo wird die Reſtitution doch nicht um ſeinetwillen ertheilt, ſondern gerade um den Reſtituirten von Schaden zu befreien. Letzterer hat deshalb auch Anſpruch auf Rückgabe des Eingebüßten, und Schadensersatz, wenn er auch von ſeiner Seite nichts mehr zurückgeben kann, und in einigen Fällen braucht er ſogar, wie wir oben geſehen haben, nichts zurückzugeben, obgleich er es könnte [2]). Die Vermuthung wäre alſo vielmehr dafür, daß die

2) M. ſ. oben §. 29. Note 27.

Römer den Reſtituirten von allen Proceßkoſten freigeſprochen haben würden, um ihn wahrhaft in den vorigen Stand zu ſetzen, und um ſo weniger können wir uns durch die Auctorität der Wittenberger Juriſtenfacultät beſtimmen laſſen, welche, nach Wernhers Angabe, alltäglich, „quotidie", in Gemäßheit ſeiner Theorie erkannt haben ſoll. Ueberdies möchten die Wittenberger Juriſten wohl nur in Fällen der Reſtitution gegen proceſſualiſche Verſäumniſſe ſo erkannt haben, wo man ihre Entſcheidung in der Regel allerdings billigen kann. Nur in dieſer Anwendung ſind Reſtitutionsgeſuche noch häufig, und konnten alſo die Wittenberger Juriſten oft Gelegenheit finden, über die Reſtitutionskoſten zu erkennen, und Leyſer [3]), der ſich gleichfalls in Betreff dieſer Koſten auf die Wittenberger Facultät beruft, thut dies doch nur in Beziehung auf die Reſtitution wider verſäumte Friſten im Proceß, obgleich ſeine nachher anzugebende Anſicht ihn hätte veranlaſſen müſſen, es in einem weiteren Umfange zu thun, wenn er Gelegenheit dazu gehabt hätte.

Geht nun aus dem Geſagten hervor, daß ſich nach allgemeinen Grundſätzen weder dem Reſtituirten noch deſſen Gegner unbedingt die Koſten des Reſtitutionsproceſſes aufbürden laſſen, ſo dürften, in Ermanglung poſitiver Vorſchriften, folgende Regeln allein der Natur der Sache und den Forderungen der Billigkeit entſpre-

3) Medit. ad Pand. Spec. LVII. med. 3.

chen. Es kommt darauf an, in welchem Verhältniß der Gegner bei der Reſtitution zu der Verletzung ſteht.

I. Wo die Reſtitution wegen Zwangs oder Betrugs gegen den ſelbſt geſucht wird, der den Zwang oder Betrug ausgeübt hat, iſt es lediglich die Schuld des Gegners, daß das Bedürfniß der Reſtitutionserbittung eingetreten iſt. In dieſem Fall kann es daher auch kein Bedenken leiden, daß ihm die Koſten zur Laſt fallen müſſen, die ſein unſtatthaftes Benehmen nöthig gemacht hat. Auf gleiche Weiſe iſt bei der restitutio maiorum s. propter absentiam zu entſcheiden, wenn dieſe ſich auf ein Hinderniß in der Perſon des Gegners gründet [4]), weil dieſer hier wiederum allein das Bedürfniß der Reſtitution herbeigeführt hat, und eben ſo würde aus demſelben Grunde auch noch bei der restitutio propter capitis diminutionem zu erkennen ſeyn, ſo ferne dieſe noch heutzutage vorkommen könnte.

II. In allen anderen Fällen dagegen kann der Reſtituirte regelmäßig nicht von der Koſtenerſtattung befreit werden. Dies wird wohl keinen Widerſpruch finden, wenn der Verletzte nur auf den Grund ſeiner wahren oder fingirten Minderjährigkeit, oder ſeiner eigenen Abweſenheit [5]), oder ſeines Irrthums Reſtitution erhält. Denn ſo wie in den unter Nr. I. angegebenen Fällen vom Gegner, ſo rührt hier der Reſtitutionsgrund ausſchließlich aus der Perſon des Reſtituirten

4) M. ſ. oben §. 12. Nr. II. 5) M. ſ. oben §. 12. Nr. I.

her, daher hier auch gleiche Grundſätze anzuwenden ſind. Wahrſcheinlich iſt dies auch die Idee von Leyſer a. a. O., wenn er auszuführen ſucht, daß, wer gegen das Verſtreichen von Proceßfriſten reſtituirt werde, ſich durch ſeine Schuld in die Lage verſetzt habe, der Reſtitution zu bedürfen, und deswegen auch die Reſtitutionskoſten als eine Folge ſeines Verſchuldens, die nur ihn treffen dürfe, betrachten müſſe. Es iſt nur nicht einzuſehen, weshalb Leyſer dieſes in einem viel weiteren Umfange anwendbare Raiſonnement bloß auf die Reſtitution wider proceſſualiſche Verſäumniſſe beſchränkt, wo es nicht ein Mal immer zutrifft, da das Hinderniß, welches das Verſäumniß veranlaßt hat, ja auch vom Gegner ausgegangen ſeyn kann.

Eine Beſtätigung der aufgeſtellten Anſicht liegt auch darin, daß, wenn Jemand auf den Grund ſeiner eigenen Abweſenheit Reſtitution gegen Urtheile und andere gerichtliche Maaßregeln ſucht, er gar nicht gehört werden ſoll, bevor er den Gegner wegen ſeiner gehabten Proceßkoſten befriedigt hat [6]). Um ſo mehr ſchließt man, dünkt mich, hieraus mit Recht, daß er auch die Koſten tragen müſſe, welche die Reſtitution ſelbſt verurſacht. Wenigſtens begreift man gar nicht, weshalb der Gegner nur von jenen und nicht auch von dieſen Koſten befreit werden ſollte.

6) l. 15. C. de iudic. (3, 1).

Man möchte aber vielleicht Bedenken tragen, auch dann den Reſtituirten zur Koſtenerſtattung anzuhalten, wenn ihm der Grund der Läſion eben ſo wenig zur Laſt fällt als dem Gegner, wie bei der Reſtitution wegen eines vom Gericht herrührenden Hinderniſſes an der Geltendmachung eines Rechts, oder wenn die Reſtitution wegen Zwangs, in rem, gegen einen unſchuldigen Dritten ertheilt worden iſt. Mir ſcheint jedoch hier, wo beide Theile in gleicher Lage ſind, der Umſtand entſcheidend zu ſeyn, daß dem Reſtituirten eine Gnade gewährt wird, auf die er kein ſtrenges Recht hat. Dem unſchuldigen Gegner wird doch wirklich ſchon genug zugemuthet, indem er ſein geſetzmäßig erworbenes Recht der Billigkeit zum Opfer bringen muß, und es hieße, die Billigkeit in kränkendes Unrecht umkehren, wenn er auch nur einen Theil der zur Bewirkung jenes Erfolgs nöthigen Koſten übernehmen müßte. Dazu kommt außerdem, daß der Reſtitution Suchende es vorher überlegen kann, ob der von der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand zu erwartende Vortheil die darauf zu verwendenden Koſten aufwiegt, und daß es immer ein Gewinn für ihn iſt, wenn die erlittene Läſion durch die Reſtitution auch bloß etwas vermindert wird, während der Gegner dem Reſtitutionsgeſuch nicht auszuweichen vermag, und ſoferne ihm daſſelbe Koſten verurſacht, nichts als baaren Schaden hat. Ich kann daher hier nicht einmal Koſtencompenſation für zuläſſig

halten, vielmehr ſcheint mir dieſe höchſtens dann vertheidigt werden zu können, wenn es wirklich zweifelhaft wäre, ob einer der unter Nr. I. genannten Fälle begründet ſey oder nicht, z. B. ob die als Reſtitutionsgrund aufgeſtellte Handlung wirklich den Character des Betruges an ſich trage. Fände ſich in ſolchem Fall des Zweifels das Gericht bewogen, dennoch die Reſtitution zu bewilligen, ſo würde der wider den Gegner obwaltende Verdacht es zur Noth rechtfertigen, ihm auch keinen Erſatz ſeiner Koſten zuzugeſtehen. Allein wo der Gegner entſchieden unſchuldig iſt, fehlt es an einem genügenden Grunde, ihn den vermöge der Koſten immer mit der Reſtitution verknüpften Nachtheil empfinden zu laſſen.

Uebrigens leiden die entwickelten Regeln natürlich eine durchgreifende Ausnahme in Rückſicht aller der Koſten, die eine Parthei durch unnöthige und grundloſe Incidentverhandlungen veranlaßt hat. Auch verſteht es ſich von ſelbſt, daß, wenn das Reſtitutionsgeſuch mit dem iudicium rescissorium s. restitutorium verbunden wird, die obigen Grundſätze doch nur auf die Koſten des erſteren bezogen werden dürfen, ſo wie auch, daß derjenigen, der die Reſtitutionskoſten bezahlen muß, während eigentlich ein Dritter die Läſion verſchuldet und dadurch das Bedürfniß der Reſtitution erzeugt hat, im Allgemeinen der Regreß gegen dieſen Dritten offen bleibt. Dies kann am häufigſten Anwen-

dung finden, wo der Reſtituirte die Koſten zu tragen hat, weil ſich dabei vorzüglich viele Fälle denken laſſen, in welchen ein Dritter an dem ganzen Schaden Schuld iſt. Beiſpiele gewähren die Reſtitution gegen eingetretene Verjährung in Folge einer von anderen erzwungenen Abweſenheit, oder verweigerter Juſtiz, und die Reſtitution Minderjähriger gegen nachtheilige Geſchäfte, welche ihre Vormünder für ſie vorgenommen haben Daſſelbe läßt ſich indeſſen auch bei der Reſtitution gegen einen Abweſenden denken. Letzterer muß hier freilich die Reſtitutionskoſten tragen, aber hat Jemand ihn gefangen gehalten, oder auf andere unerlaubte Weiſe ſeine Abweſenheit bewirkt, ſo kann es keinem Zweifel unterworfen ſeyn, daß dieſem, als dem eigentlichen Urheber jener Koſten, die Verbindlichkeit zur Entſchädigung obliege.

768351

BIBLIOTECA NAZIONALE V. E. III NAPOLI

Digitized by Google

by Google